This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 723 423

HARVARD
LAW
LIBRARY
1862

18 n +

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 25 1921

Aug. Thorn
1862.

GERMANY

Die sog. irregulären Servituten.

Die ſogenannten

irregulären Servituten

nach Römiſchem Recht.

Eine civiliſtiſche Abhandlung.

Von

Richard Cohnfeldt,

Doctor beider Rechte.

Von der Berliner Juriſtenfakultät gekrönte Preisſchrift.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1862.

For TX
C

OCT 25 1921
10/25/21

Inhalt.

Seite

Vorrede VII

Erster Abschnitt:
Ueber die sogenannten irregulären Personalservituten.

§. 1.

Begränzung der Streitfrage 1
I. Im Allgemeinen, ... 1
II. Im Besonderen, ... 2
III. Systematische Stellung, ... 5
IV. Benennung 5

§. 2.

Geschichtliche Entwickelung 6
I. Ansichten für, ... 7
II. Ansichten wider die irregul. Servituten 19
III. Mittelmeinungen 24

§. 3.

Entscheidung aus Prinzip und Lehre der Personalservituten 26
A. Begriffsmäßiger Umfang des Usus und Ususfruktus 27
I. Nach der Legaldefinition, ... 27
II. Nach dem Verhältniß zum Eigenthum, ... 35
III. Nach der faktischen Natur, ... 39
IV. Nach dem Rechtsverkehr, ... 39
V. Schluß 39
B. Anwendung der entwickelten Prinzipien 39
I. Die einzelne Nutzung an sich, ... 39
II. Die einzelne Nutzung in besonderer Gestalt 40
III. Form der Bestellung 41

§. 4.

Entscheidung nach allgemeinen Gesichtspunkten 42
I. Inconvenienzen des Begriffes, ... 42
II. Der Construktion, ... 43
III. Der praktischen Anwendung 44

Seite

§. 5.

Entſcheidung der Frage nach einzelnen Stellen. 49
I. l. 32. D. de usufructu, 7, 1. 49
II. l. 4—6. D. de servit. praed. rust., 8, 3. 51
III. l. 37. D. eodem. 64
IV. l. 6. D. de servitute leg., 33, 3. 68
V. l. 14. §. 3. D. de alim. leg., 34, 1. 70
VI. l. 1. §. 11—12. D. de aq. cot., 43, 20. l. 1. D. de usu et usufr. leg., 33, 2. 77

Zweiter Abſchnitt.

Ueber die ſogenannten irregulären Prädialſervituten.

Einleitung. 81

§. 1.

Möglichkeit der irregulären Prädialſervituten. 81

§. 2.

Die Verſchiedenheiten der servitutes urbanae und rusticae. . . . 83
I. Eigenthümlichkeit der ſtädtiſchen, ... 83
II. Eigenthümlichkeit der ländlichen Servituten. 84

§. 3.

Fortſetzung. 85
I. Beſitz und Interdikte, ... 85
II. usucapio libertatis und Untergang durch non utendo. . 86
III. Verpfändung der Servituten. 87
IV. Sonſtige Unterſchiede. 98

Vorrede.

Die Streitfrage über die sog. irregulären Servituten wurde in neuerer Zeit gründlicher, als irgend vormals, ventilirt. Aber wurde sie gelöst?

Die Versuche, die dahin gingen, fielen in eine ungünstige Zeit; namentlich war ihnen die Richtung hinderlich, welche sich damals auf dem Gebiete des röm. Servitutenrechts überhaupt geltend gemacht hatte. Damals blendete noch die Theorie Puchta's über den Usus durch ihre Neuheit, und kam der Gedanke auf, die persönlichen und realen Dienstbarkeiten aus einem gemeinsamen Grundbegriffe zu construiren.

Demgemäß waren aber auch die irregulären Servituten festzuhalten. Denn stellt man einmal als Regel hin, daß der Inhalt beider Hauptklassen der Servituten wesentlich gleichartig sei, wie kann es auffallen, wenn ein und dasselbe Recht bald bei der einen, bald bei der andern Klasse, bald als Personal-, bald als Prädialservitut vorkommt?

Sogar ließ man sich durch die irregulären Servituten bestimmen, ein einheitliches Prinzip und jenen gemeinsamen Grundbegriff für das gesammte Servitutenrecht aufzusuchen.*

Allein die Fruchtlosigkeit dieser Tendenzen liegt heute am Tage. Die verschiedenen Klassen der Servituten erheischen auch eine verschiedene Behandlung.

---

*) z. B. Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 24.

Der hauptsächlichste und innerste Grund für die irregulären Servituten ist somit gefallen. Dies ist Veranlassung genug, auch die übrigen Argumente zu prüfen, und überhaupt die ganze Frage einer neuen Beurtheilung zu unterwerfen.

Es wird sich aber hierbei vorzugsweise um die sog. irregulären Personalservituten handeln. Die Lehre von den irregulären Prädialservituten ist der Hauptsache nach unbestritten, wiewohl über einige nicht unwichtige Nebenfragen wieder die größten Zweifel walten.

Erſter Abſchnitt.

Ueber
die ſogenannten irregulären Perſonalſervituten.

§. 1.
Begränzung der Streitfrage.

I. Allgemeiner Umriß. Meiſtens[1] wird unſere Frage dahin formulirt:

Können Befugniſſe, welche gewöhnlich als Prädialſervituten vorkommen, Gegenſtand von Perſonalſervituten ſein?

Dieſe Definition enthält ein völlig fremdartiges Element. Da jene Befugniſſe jetzt nur als Perſonalſervituten figuriren ſollen, iſt ihr Vorkommen als Prädialſervituten gänzlich gleichgültig. Da es ſich jetzt nur darum handelt, ob ſie ſich als Inhalt z. B. eines Uſus oder Uſusfruktus eignen, kommt Nichts darauf an, daß ſie unter Anderm auch einem Prädium von Nutzen ſeien, oder auch auf einer perpetua causa beruhen. Ihre Zuläſſigkeit als Prädialſervituten beweiſt noch nicht ihre Zuläſſigkeit als Perſonalſervituten, und iſt daher auch nicht in der Definition zu berückſichtigen.

---

1) z. B. von Cujac. resp. Papin. II. in oper. IV. p. 893 sq. ed. Neap. — Vinnius ad Inst. II, 4. de usufr. prooem. — Hofacker, princip. juris civ. §. 1110. — Thibaut, Pandekten §. 606. ed. 7. — Schweppe, Röm. Privatr. §. 291. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts §. 142. 3. Ausg. Luden, Servitutenl. §. 17. S. 34. Hoffmann, Servitutenlehre Th. 1. §. 59. S. 198. Ferner: Zachariä v. Lingenthal, Arch. f. Civil-Praxis XXVII. S. 1. Elvers, Servitutenl. §. 23.

In der That will man damit etwas ganz Anderes beſagen. Man denkt ſich die Grunddienſtbarkeiten als vereinzelte Befugniſſe gegenüber der Geſammtfülle aller Nutzungen einer Sache, wie ſie ſich im Eigenthume vorfindet.

Unſere Frage lautet daher vielleicht richtiger: Iſt eine einzelne Nutzung als Inhalt von Perſonalſervituten möglich?

II. Näher betrachtet, gehören alſo hierher alle einzelnen Nutzungsbefugniſſe an einer fremden Sache, mögen ſie ſonſt als Grunddienſtbarkeiten, die urbanae miteingeſchloſſen,[2] erſcheinen oder nicht. Alſo auch ſolche, die nie einem Prädium von Nutzen ſein können, z. B. auf fremdem Boden Obſt zu pflücken, ſpazieren zu gehen oder zu ſpeiſen.[3] Auch gilt es gleich, ob jene Gerechtſame auf einer beweglichen oder unbeweglichen Sache ruhen. Denn der Begriff der irregulären Servituten iſt nicht auf Rechte beſchränkt, die ſonſt meiſt mit einem Grundſtücke verknüpft ſind. Dieſe bilden vielmehr nur ein Beiſpiel, nur eine vereinzelte Anwendung davon. Für die Hauptfrage iſt es daher auch völlig indifferent, ob dieſelben nun als Perſonalſervituten den nämlichen Umfang beibehalten können, den ſie etwa vorher als Prädialſervituten hatten.[4]

Zudem handelt es ſich bei unſerer Frage hauptſächlich nur darum, Was? nicht Wie viel? Inhalt einer Perſonalſervitut ſein kann.

Ebenſo betrifft es nicht die irregulären Servituten insgeſammt, ſondern nur einzelne Fälle derſelben, ob ſie,

---

2) Aehnlich Zachariä v. Lingenthal a. a. O. S. 52. Cujac. l. c. p. 893 sq.

3) So auch Schweppe, Röm. Privatrecht S. 182.

4) Dieſer Punkt iſt beſtritten zwiſchen Elvers a. a. O. S. 198. und Zachariä a. a. O. S. 2. Geht man von der Annahme irregulärer Servituten aus, ſo iſt bei dieſen unbedenklich, wie Elvers treffend darthut, derſelbe Umfang möglich, als bei den entſprechenden Prädialſervituten. Aehnlich der Fall in fr. 15. D. de usu et habit. 7. 8., wo ein Uſus quantitativ einem Uſusfruktus gleichgeſtellt wird.

wenn auch quantitativ verschieden, doch nicht wenigstens der Qualität nach mit den entsprechenden Grunddienstbarkeiten zusammenfallen. Noch weniger darf dieser Punkt in der Definition selbst angedeutet werden.[5]

Dies über den Inhalt irregulärer Servituten. Derselbe soll nun erscheinen in Form persönlicher Servituten. Also in Form einer Servitut, nicht als Obligation, die auf eine einzelne Nutzung an einer fremden Sache gerichtet wäre. Aber auch als persönliche Servitut. Prädialservituten mit Beschränkung auf die Person des ersten Erwerbers finden hier keinen Platz. Sind sie auch in gewissem Sinne persönlich, so können sie doch nur als wahre Prädialservituten gelten,[6] deren Ausübung über die gesetzte Zeit hinaus durch eine Einrede beseitigt wird.

Haben wir demnach es hier nur mit wirklichen persönlichen Servituten zu thun, so sind selbstverständlich darunter auch nur die hergebrachten vier Formen derselben zu verstehen: Usus, Ususfruktus, operae, habitatio. Wir sind durch Nichts genöthigt, eine neue species über diese hinaus anzunehmen.[7] Das Gegentheil wird freilich gefolgert aus l. 4. de serv. praed. rust. 8, 3. l. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34, 1. l. pen. D. de serv. leg. 33, 3. l. 20. §. 3. de serv. pr. rust. 8, 3., indem man davon ausgeht, daß diese Stellen von wirklichen persönlichen Servituten sprechen.[8]

---

5) Wie z. B. noch bei Zachariä a. a. O. S. 1. („Können solche Befugnisse ..... nicht wenigstens qualitativ als Personalservituten bestellt werden.")

6) Gleichwohl haben Manche unsere Frage nur in diesem Sinne aufgefaßt, z. B. die Glosse zu l. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34, 1. u. s. w. Cocceji, jus civile controversum VII. tit. 1. qu. 1. „An dentur servitutes extraordinariae? (s. irregulares cfr. not. a. eod.) bemerkt ganz naiv: praemittendum est, doctores per has intelligere praediales, quae ad personam restrictae sunt. Ebenso Westphal, de libert. et servit p. 323. Janus a Costa ad Inst. II, 3, 3. cfr. Zachariä a. a. O. S. 5.

7) Vgl. Zachariä a. a. O S. 48.

8) So z. B. Vinnius ad Inst. II, 4. de usufructu pr. Voetius,

Allein, abgeſehen davon, daß Letzteres äußerſt zweifelhaft iſt, darf man ſchon deßhalb eine ſonſt völlig unbekannte Perſonalſervitut annehmen, weil zufällig in jenen Stellen keine der bekannten direkt genannt wird?

Ganz unzutreffend iſt aber auch der Grund des Thomaſius, daß Juſtinian bei Eintheilungen ſehr oft nur die hervorragenden Klaſſen von Rechtsverhältniſſen mit Uebergehung der weniger bedeutenden aufzähle, und ſo namentlich die obligationes ex quasi contractu und ex quasi delicto gegenüber den eigentlichen Contrakts- und Delikts-Obligationen mitunter nicht aufgeführt würden. Allein jene Nebenklaſſen der Obligationen ſind uns anderweit durch die unzweideutigſten Zeugniſſe verbürgt, von neuen Perſonalſervituten findet ſich aber in den Quellen keine Spur.[9]

Aber auch von den herkömmlichen Formen der perſönlichen Dienſtbarkeiten ſind habitatio und operae von vornherein für unſern Zweck unbrauchbar. Der Gegenſtand der Letzteren iſt nämlich ein für allemal feſt und beſtimmt, kann nie ein anderer ſein, als eben operae oder habitatio. Wir ſuchen hingegen Formen, die beliebig jedwede einzelne Nutzungsbefugniß als Inhalt aufnehmen können.

Hierfür eignet ſich nur der Uſus und Uſusfruktus.[10]

Comm. ad Pand. VII. tit. 1. p. 370. in edit. Hal. 1773. Vultejus, jurisprudentia romana lib. I. c. 63. §. servitutes personales. Elvers, a. a. O. §. 20. S. 187. 189.

9) Thomasius zu U. Huberi praelectiones juris civilis to. II. lib. 8. tit. 2. et 3. ed. nova Lipsiae 1707. (Scholion und Additamentum): „si dicis personales servitutes augeri non debere, urgebo, non infrequens esse Imperatori, quandoque rerum species saltem nobiliores recensere, non negatis tamen speciebus reliquis, quod exemplo quasi contractuum et quasi delictorum etc. facile intelligitur.“

10) So auch: Haſſe, Rhein. Muſeum I. S. 73. Note 3. Löhr, Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung III. S. 497. Zachariä a. a. O. S. 1. Schweppe a. a. O. §. 291. Puchta, Pandecten §. 179. Note d., der jedoch nur den Uſus berückſichtigt.

Operae und habitatio ſind ja auch weſentlich nur Anwendungen derſelben.

Wir dürfen daher nun unſere Frage beſtimmter dahin ſtellen:

> Iſt ein Uſus oder Uſusfruktus mit einer einzelnen Gebrauchs- oder Nutzungsbefugniß als alleinigem Gegenſtande denkbar?

III. Es leuchtet ein — und dies iſt die ſyſtematiſche Seite der Frage —, daß die Entſcheidung lediglich von den Prinzipien des Uſus und Uſusfruktus abhängig iſt. Stehen dieſe feſt, ſo werden ſich die Conſequenzen leicht ziehen laſſen. Wo nicht, ſo haben wir vor Allem auf Begriff und Weſen jener beiden Servituten zurückzugehen, und namentlich feſtzuſtellen, was bezüglich ihres Inhaltes und Umfangs einerſeits als weſentlich und nothwendig erſcheint, andrerſeits unbeſchadet ihrer Natur als gleichgültiger Beſtandtheil ausgeſchieden werden darf.

IV. In den Benennungen der in Rede ſtehenden Servituten endlich iſt man ſehr erfinderiſch geweſen. Zaſius (ad Pand. de servit. §. 2.), Vinnius (Inst. II, 4.), Vultejus (Jurispr. rom. I. c. 63. §. serv. praed.), überhaupt die Anhänger von neuen species der perſönlichen Dienſtbarkeiten, nennen ſie: innominatae, anonymae, ignomines.

Inſofern aber einzelne Nutzungsbefugniſſe regelmäßig als prädiale, und nur ausnahmsweiſe als perſönliche Servituten erſcheinen, heißen die fraglichen Rechte servitutes irregulares, anomalae, extraordinariae. Vgl. Zaſius, Vinnius a. a. O. Glück, Commentar IX. S. 19.

Im Gegenſatze dazu heißen Uſus, Uſusfruktus, operae, habitatio: regulares, ordinariae, weil ihr Inhalt nie von ſeiner Regel abweicht, d. h. immer nur in Form perſönlicher Servituten auftritt. So namentlich Glück, IX. S. 21. Auch hierbei werden neue Arten perſönlicher Dienſtbarkeiten ſtillſchweigend vorausgeſetzt, vgl. Vinnius ad Inst. II, 4.

Die Ausdrücke: mixtae, communes, promiscuae gehen auf Rechte, quae modo personarum, modo rerum sunt, Giphanius, Comm. ad Inst. II, 3.

Eigenthümlich bezeichnet Althusius, Jurispr. rom. I. c. 6. §. Rust., die fraglichen Servituten als rusticae mediatae, d. h. quae personae sunt, tamen beneficio personarum ad praedii utilitatem descendunt.

Die Schriftſteller endlich, die am tiefſten in unſere Frage eingedrungen ſind, denken an einen wahren usus oder ususfructus, und brauchen nur öfter die Umſchreibungen: jus personale, usus restrictus, usus ex certa re, ſo Donellus, Cujacius u. a.

V. Den weiteren Gang dieſer Erörterungen anlangend (um dies noch ſchließlich anzuführen), ſo erfolgt

in §. 2.: die geſchichtliche Entwickelung unſerer Frage,
in §. 3.: deren Beantwortung aus Prinzip und Geiſt der perſönlichen Servituten,
in §. 4.: ihre Entſcheidung nach allgemeinen Geſichtspunkten,
in §. 5.: die Interpretation der einſchlägigen Stellen.

§. 2.

Geſchichtliche Entwickelung der Streitfrage.

Ueber den Werth der Dogmengeſchichte überhaupt zu rechten, iſt hier nicht der Ort. Soviel ſteht feſt: Dieſelbe wird nothwendig bei Fragen, die erſt allmählig durch eine lange Reihe von Schriftſtellern ihre Ausbildung erhielten, oder (ein anderer Fall), wenn man unternimmt, wiſſenſchaftliche Anſichten durch die Autorität der Vergangenheit zu ſtützen. Beides trifft bei unſerer Frage zu.[11] Und iſt auch deren Geſchichte bereits in vielen Punkten treffend[12] behandelt, ſo bleibt ein neuer Verſuch gerechtfertigt, ſo lange es an einer unbefangenen Darſtellung fehlt.

11) Vgl. Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 5—14.
12) von Ebendemſelben a. a. O.

In der Sache ſelbſt nun haben ſich ganz naturgemäß Stimmen für und wider die irregulären Servituten erhoben, ohne daß nicht auch hier und da Mittelmeinungen aufgetaucht wären.

I. Für die Annahme irregulärer Servituten aber, in dem allein hierher gehörigen Sinne, hat ſich ſchon frühzeitig der Gloſſator Rogerius erklärt.[13] Er iſt gleichſam der Vater dieſer Servituten. Zwar wird nicht direkt geſagt, daß er ſie ſich in Form eines Uſus oder Uſusfruktus gedacht. Allein die Verfechter der entgegengeſetzten Anſicht: Bartholomäus Cäpolla, Paulus de Caſtro, und Andere haben ihn ſtets in dieſem Sinne verſtanden. Man darf wohl vorausſetzen, daß ſie bei Widerlegung ihres Gegners über deſſen Anſicht gehörig unterrichtet waren.[14] Auch hatte, wie Cäpolla ausdrücklich

13) Glossa Accursii ad l. 14. §. 3. D. de alim. leg. v. cisternas: „posset saltem (sc. aqua) personalis servitus esse secundum Ro." (i. e. Rogerium, nicht Rofredum, vgl. Savigny, Geſch. des R. Rs. im M.-A. IV. S. 175.) v. personae: „cum relinquitur (sc. aquae haustus) ..... habenti praedium, sed hoc acto, ut ad heredem non transeat, hoc casu est servitus personalis sec. R..... At cum non habenti praedium relinquitur, non est realis, sed personalis servitus, si hoc velit relinquens vel constituens sec. Ro." v. erunt: in eadem causa illa jura gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi „ita ut sint personales servitutes sec. R." Vgl. gl. ad l. 4. de S. P. R. 8, 3. v. non eadem in extr.; gl. admittendum est ad l. 6. D. de servit. leg. 33, 3. Bartolus ad l. 4. D. de S. P. R. berichtet: „Rogerius dicit, quod (sc. pecoris pascendi et ad aquam appellendi jus hoc loco) est servitus personalis." Ebenſo wird man an Rogerius denken müſſen in der gl. valet exceptio ad l. 32. D. de usufr.; gl. non potest ad l. 8. D. de servit. 8. 1.

14) Barth. Caepollae Veronensis cautelae (ed. 1535.) c. 2. §. 8. casus principalis 3. subdistinctio 3.: Ex concessione, quod possis coenare vel spatiari aut venari in fundo meo aut quod possis haurire aquam ex puteo meo vel colligere poma ex arbore mea, et in hoc est dubium..... Et Rog. tenet quod sit servitus personalis, et hanc opinionem tenet Petrus et Cynus in rubrica C. de servit..... sed quod non sit personalis servitus, probatur, quia ire et spatiari etc. non deminuit de fructibus rei alienae adeoque alteri acquirat,

bemerkt, Hugolin, ein eifriger Anhänger Roger's in dieſer Frage,[15] hierbei einen wahren Uſus vor Augen.[16] Ueberhaupt iſt man wohl ſchwerlich zur Zeit der Gloſſatoren auf neue Perſonalſervituten verfallen. Hugolin wenigſtens, wie es ſcheint, kennt als letztere nur den Uſus und den Uſusfruktus, wenn er zu l. ult. §. 1. C. de servit. bemerkt: ein jus altius non tollendi ſei als Perſonalſervitut undenkbar, weil es weder als Uſus noch als Uſusfruktus denkbar ſei.[17]

So hat man alſo ſchon in dieſem Zeitalter, etwa um 1200, — dies unterliegt wohl keinem Zweifel mehr — ſich für einen Uſus oder Uſusfruktus mit einer einzelnen Nutzungsbefugniß als alleinigem Inhalte ausgeſprochen, und es iſt mithin eine ſolche Anſicht keineswegs erſt ſpäter, etwa in der franzöſiſchen Schule, aufgekommen.[18]

Freilich erachtete man noch nicht jedes einzelne Nutzungsrecht ſchlechthin als zureichend für jene Servituten. Man unterſchied. Die Natur der Nutzung war das Merkmal. Der Ertrag der fremden Sache mußte dadurch geſchmälert werden („deminuit de fructibus rei alienae, tendit ad deminutionem fundi s. cisternae"). Darum erklärte eben Hugolin ein jus altius non tollendi für ungeeignet.

Die Anſicht Roger's nahmen, außer Hugolin, Anfangs des 14. Jahrhunderts Petrus de Bellapertica, Joh. Faber,

---

ad cujus commodum tendit servitus ususfructus vel usus illius fundi et ita tenet Flo(rentius) et Pau(lus) de Ca(stro) in l. ut pom."

15) Vgl. Huber, praelect. II. lib. VII. 2. et 3. num. 2. „pro qua sententia sc. Rogerii fuit Hugolinus." Sutholtius in disp. 5. thes. 15. Vinnius ad I. 2, 4. prooem.

16) Caepolla l. c. §. 9.: „sed H(ugolino) visum est, quod posse colligere pomum ex arbore mea vel haurire aquam ex cisterna mea sit servitus personalis usus sc. illius arboris vel cisternae, quoniam tendit ad deminutionem fundi s. cisternae e. q. s."

17) ſ. Haenel, dissensiones dominorum in jure, Hugolinus §. 180. p. 393.

18) wie noch Zachariä a. a. O. S. 11. anzunehmen ſcheint.

Cinus und Andere auf, die uns nicht ausdrücklich angeführt werden.[19] Allein ihnen ſtanden die Autoritäten jener Zeit und die gemeine Meinung entgegen.[20] Erſt das 16. Jahrhundert brachte eine Wendung. Die irregulären Servituten fanden hier zahlreiche Vertheidiger.

Donellus verbreitet ſich darüber an verſchiedenen Stellen dahin: „Ususfructus in fundo certae rei usu, quae inde sumatur, definiri potest, ut hanc non excedat. Veluti si quis mihi constituerit in suo jus cretae eximendae .... l. ergo l. veluti D. de S. P. R. Non longius progredietur hic ususfructus quam ut creta eximatur“ (Comment. jur. civ. X. c. 7. p. 489. ed. Hanov. 1612 fol.)

Oder über den usus: „Voluntas constituentis ut usuifructui, sic et usui modum facit. Potest quisque et in aedibus et in fundo certae tantum rei usum concedere, quo casu valebit quidem usus nihilominus, sed valebit tantum hactenus, ne ejus rei usum egrediatur, velut usus aquae l. usus aquae D. quib. mod. ususfr. amitt. (es iſt wohl zu berichtigen: D. de usu et habit.). Eadem et in ceterarum rerum usu intelligenda sunt“ (ſ. a. a. O. caput 24. p. 521.). Daſſelbe Prinzip wendet Donell an bei der lex ut pomum D. de servit.: „Nam et usus alicui sic constitui potest, ut aqua tantum, quae in nostro fundo est, utatur l. usus aquae D. quib. mod. ususfr. am. Quidni et de ceteris rebus (i. e. ut pomum decerpere, spatiari, coenare in alieno liceat) aut in partibus fundi

19) Ueber Petrus und Cinus vgl. Bartolus zu l. 4. D. de S. P. R.: „Rogerius dicit quod (pascendi jus hoc loco) est servitus personalis. Glossa tenet hic contrarium, et Petrus, ut Cinus refert, tenet opinionem Rogerii. Ego teneo glossae, quod non sit servitus,“ ferner Caepolla l. c. §. 8. „Rogerii opinionem tenet Petrus et Cynus in rubr. C. de servit.“ cfr. Note 14. und Savigny a. a. O. VI. S. 26. f. 78. Ueber Joh. Faber in §. 2. aeque si agat I. de act. 4. 6. ſ. Castillo Sotomayor de usufr. l. c. p. 550.

20) ſ. Bartolus in Note 19. Baldus ad l. 4. D. de S. P. R. Caepolla l. c. §. 8.: „et ista est communis opinio“ i. e. Rogerio contraria.

ita constitui potest, ut quis his utatur ad eundem certum modum? l. quoties §. 1. in f. D. de servit. l. de pupillo §. et belle D. de O. N. N.“ (ſo in Comment. lib. XI. c. 1. p. 524.)

Zweifelhaft dagegen kann es ſein, ob nicht Donell in Buch 11. Kap. 8. S. 536. an bloße Prädialſervituten mit perſönlicher Beſchränkung denkt. Den Servituten, welche er hier im Sinne hat, iſt eigenthümlich — und darauf legt er ein großes Gewicht —, daß ſie nur dem dermaligen Beſitzer eines Grundſtücks zuſtehen, und ſomit ſcheint er ſie mehr ihrer Dauer als ihrem Weſen nach perſönlich zu nennen.

Dennoch hat er auch hier wahre Perſonalſervituten vor Augen. Einmal ſpricht ſchon der Wortlaut dafür. Außerdem ſoll die lex 4. D. de S. P. R. ein Beiſpiel der fraglichen Dienſtbarkeiten enthalten. Dieſelbe lex aber führt Donell in Buch 10. Kap. 1. S. 480. als Beiſpiel einer wirklichen Perſonalſervitut an.

Neben Donell vertrat Cujacius, wenigſtens in einigen ſeiner Schriften,[21] die Anſicht Roger's, in folgenden höchſt entſchiedenen Aeußerungen:

„Potest eadem servitus modo esse praedii modo personae, nec ulla est, quae semper sit praedii, i. e. quae non possit esse personalis“

(lib. II. Resp. Papinian. Opp. ed. Neap. to. IV. p. 893. ad l. 4. D. de S. P. R.).

Ferner: „Ita demum (illa jura eundi, agendi, aquam ducendi e. q. s.) sunt praedialia, si respectu praediorum concedantur; nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen usus vel ususfructus. Nam his nominibus omne jus personale continetur“

(Recitt. sollemn. ad tit. de S. P. R. l. 4—6. in Opp. IV. p. 430. vgl. Paratitla Cujacii in VIII. D. tit. 3. in Opp. I. p. 751.)

---

21) Ueber ſeine ſpätere Anſicht ſ. unten.

Die Hauptstellen, auf die Cujacius diese Ansichten stützt, sind: l. 4. l. 37. D. de S. P. R. l. 6. D. de serv. leg. l. 14. §. 3. D. de alim. leg.

Die Ansicht Roger's begegnet uns hier schon in einer Verallgemeinerung. Früher hatte man noch auf die Natur der einzelnen Nutzungsrechte gesehen, und beurtheilte danach ihre Zulässigkeit als irreguläre Servituten. Donellus, wenn wir die letztgedachte Stelle seines Commentars von wirklichen Personalservituten verstehen dürfen, und mit ihm Cujacius — lassen bereits ohne Unterschied alle Rechte zu, welche sonst gewöhnlich nur als Grunddienstbarkeiten vorkommen.

Es hätte nun endlich auch der letzte Schritt erfolgen und die Schranke fallen müssen, welche unserer Frage noch wegen der Beziehung auf die Prädialservituten anhaftete. Allein man stieß nur zufällig auf neue Fälle irregulärer Servituten, ohne sie mit den früheren zusammenzuhalten, und dadurch zu einer Klärung des Begriffes zu kommen.[22] Bis in die neueste Zeit blieb vielmehr die Form maßgebend, in der Donell und Cujacius die Frage gestellt hatten.

Außer diesen nennt man noch Andere aus der französischen Schule als Vertheidiger irregulärer Servituten.[23] Von diesen hat jedoch Janus a Costa (ad Inst. II, 3. §. 3.) kaum eine klare Vorstellung von der Sache.[24] Von einem usus oder ususfructus spricht er bei unserer Frage ebensowenig, als sein Zeitgenosse Emundus Merillius.[25] d'Avezan (Servitutum libro III. c. 14. bei Meermann thes. IV.

22) So bei Donell. (Comm. XI. c. 1. p. 524. — quidni et de caeteris rebus e. q. s. cfr. oben), bei Schweppe, Röm. Privatrecht §. 291. und Zachariä a. a. O. S. 1. 52.

23) s. Zachariä a. a. O. S. 10.

24) Vgl. denselben Note 5.

25) Merillius äußert sich folgendermaßen: „namque istae servitutes dicuntur esse praediorum, ita tamen, ut personarum esse possunt, puta, si testator personam certam expresserit vel cui legaverit donec viveret vel si servitutem reliquerit ei, qui vicinum praedium non haberet.“ Otto, thes. I. p. 647. ad l. 15. D. de servitut.

p. 155.) und Maranus (Paratitla ad tit. de servit. in Opp. p. 131 sq.) reden offenbar von einer neuen Klaſſe perſönlicher Servituten. Duarenus zu l. 4. D. de S. P. R. läßt beiſpielsweiſe ein Weiderecht nur ganz allgemein als „servitus personalis“ zu, und bemerkt, daß es dann ein „usui vel usuifructui simile“ ſei. Wie unbeſtimmt aber letztere Ausdrucksweiſe, ergiebt l. 22. D. de usu et usufr. leg. 33, 2. und l. 8. eod., wo das Legat eines reditus und ein annuum legatum „usuifructui simile“ heißt, weil es nicht auf die Erben des Legatars übergeht, ſondern ſchon mit deſſen Perſon erliſcht.

Dagegen ſpricht unter den holländiſchen Juriſten Gerhard Noodt unzweideutig von wahren Perſonalſervituten.[26] Ebenſo Voetius (Comm. ad Pand. VIII, 1. §. 1. et 4. p. 472. ed. Hal. 1778.) und Vinnius, obwohl Beide daneben der Annahme neuer Perſonalſervituten nicht abgeneigt ſind.[27]

In Deutſchland endlich fehlte in älterer Zeit faſt durchgängig die richtige Auffaſſung der Frage. Sehr ungenau ſind z. B. die Auslaſſungen von Althuſius[28] und Giphanius, welcher letztere, wie Duarenus, blos von uſusfruktähnlichen Rechten ſpricht.[29] Heineccius allein (observ. ad Pand. II. §. 101.) macht eine Ausnahme.

---

26) Probabil. I. c. 3. §. 9. in f. et §. 10. „Jus faciendi aliquid in fundo alterius ..... vi personalis servitutis deberi potest. §. 10.: et praeterea usus appellatur l. 37. D. de S. P. R., immo ususfructus in l. 6. pr. D. eod.“

27) Voetius in Comm. ad Pand. VII. 1. §. 2. p. 370. Vinnius, ad Inst. II. 4. p. 243: „species servitutum personalium multae sunt et variae. Etenim sciendum est, etiam jura, quae natura sua realia sunt, personalia fieri posse ..... Caeterum hae et similes servitutes personales innominatae sunt et irregulares.“

28) in Jurispr. Rom. I. c. 6. §. rustica mediata p. 84 sq. ed. Herborn. Nassov. 1590.

29) Comm. ad I. imperiales II, 3. v. inter rusticorum praediorum] p. 131. ed. Francf. 1606.

Hingegen erhielt hier in neuerer Zeit die Ansicht Roger's ihre äußerste Entwickelung. Es giebt wohl kaum noch einen Gesichtspunkt, den man zu ihrer Rechtfertigung nicht ausgebeutet hätte.

Von größtem Einflusse war die Abhandlung Zachariä's von Lingenthal: „Ueber die sog. irregulären Personalservituten" im Archiv für civil. Praxis XXVII. Nr. 1. (1844) S. 1—56. Ihm folgen: Elvers, Servitutenlehre §. 20. S. 185. 187. §. 23. S. 198—203., vgl. auch §. 55. S. 546. bis 547. Puchta, Pandekten §. 180. Note d. Arndts, Pandekten §. 177. Anm. S. 244. (2. Aufl.) v. Vangerow §. 339. Anm. 1. v. Keller, Pandektenvorl. §. 177.

Vorher hatten schon irreguläre Servituten angenommen: Thibaut, Pandekten §. 606. (Ausg. 7.). Schweppe, Röm. Privatr. §. 291. Hoffmann, Lehre von den Servituten nach R.R. I. §. 59. S. 198. Luden, Servit. §. 17. S. 34. Wening-Ingenheim, Civilrecht §. 142. und Note 2.

Zur Berichtigung des Begriffes trugen bei: Hasse, Rhein. Museum I. S. 73. Note 3., Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft III S. 497.

Die Lehre Roger's ist jetzt die herrschende Meinung.

Eine Aufzählung von Lehrmeinungen ist fruchtlos — ohne Kritik! Es interessiren weniger die Ansichten, als vielmehr die Gründe. —

Die Gründe der oben aufgeführten Meinungen nun sind theils unmittelbare Quellenzeugnisse, theils allgemeine Rechtsgrundsätze.

Von Alters her schleppen sich unabläßig fort die Citate:[30] l. 32. D. de usufr. 7, 1. l. 8. D. de servit. 8, 1. l. 4—6. l. 37. (l. 20. in f.) D. de servit. praed. rust. 8, 3. l. 6. D. de servit. praed. rust. 8, 3. l. 6. D. de servitute leg. 33, 3. (l. 1. de usu et usufr. leg. D. 33, 2.) l. 14. §. 3. de alim.

30) Man vergleiche z. B. Arndts §. 177. Anm. mit den Glossen in Note 13.

leg. 34, 1. Vinnius (ad Inst. II, 4. prooem.) fügte noch hinzu: l. 1. §. praeterea, l. 3. D. de aq. cot. 43, 20., von denen jedoch die neuern Schriftſteller, etwa außer Thibaut (a. a. O. §. 606.), ſämmtlich wieder abgegangen ſind.[31]

Was ſich nun aus dieſen Stellen ergiebt? dazu bedarf es einer ſorgfältigen Interpretation, — die wir uns bis unten verſparen. Mag es ſich in dieſen Geſetzen um wahre Perſonalſervituten handeln, oder nicht, — hiervon können wir vorläufig noch abſehen. Jene Stellen — dieſe Vorausſetzung kann wohl füglich nicht beſtritten werden — reden von Servituten, die ſchon mit der Perſon ihres Inhabers erlöſchen, und nicht auf deſſen Erben übergehen. Letzteres iſt aber gerade ein Hauptmerkmal, wodurch ſich die Perſonal- von den Prädial-Servituten unterſcheiden.

Man ſchloß nun umgekehrt: Wo kein Uebergang auf die Erben, da liegt auch eine Perſonalſervitut vor — mit beſonderem Bezuge auf l. 8. §. 3. D. de liberat. leg. 34, 3.[32] — und gelangte ſo in unſeren Stellen zur Annahme eines usus und ususfructus. Aus dem ſo gewonnenen Begriffe einer Perſonalſervitut zog man dann die unbeſchränkteſten Folgerungen. Bei den Beiſpielen der fraglichen Servituten weiſen unſere Stellen nachdrücklichſt auf ein praedium vicinum, auf den Nutzen für ein Grundſtück hin. Man erklärte dies für gleichgültig. Man ſetzte den Nutzen und die Annehmlichkeit einer Perſon an die Stelle, wovon nirgends eine Spur. — Dies iſt zu ſehr von dem Inhalte der Quellen abgewichen, dies heißt: zu bald der einzig ſichern Führer

31) Treffend fertigt Zachariä a. a. O. S. 18. dieſe Citate ab.

32) ſ. gl. non eadem ad l. 4. D. l. c. „sed qualis servitus erit his casibus, cum non transeat quoad effectum? Respond. quidam: personalis, ut infra l. Mela de alim. leg. et l. non solum §. tale, D. de libert. leg. (= l. 8. §. 3. cit: — „quotiens cohaeret personae id quod legatur, veluti personalis servitus, ad heredem ejus non transit; si non cohaeret, transit.“)

entrathen. — Lex 14. §. 3. cit. wollte nicht biegen, daher radebrechte man ſie.[33]

Der Gedankengang, wie er hier dargelegt, findet ſich namentlich bei den älteren Schriftſtellern, und daher erklärt es ſich, wenn ſie bei den fraglichen Servituten auf den Nichtübergang auf die Erben einen faſt ausſchließlichen Nachdruck legen.[34]

Mit den allgemeinen Gründen macht Donell (Comm. XI. c. 1. p. 524.) gelegentlich der l. 8. D. de servit. einen unſcheinbaren Anfang. Er hält vorweg für möglich, daß ein Recht, Obſt zu pflücken und dgl., als Servitut überhaupt vorkommen könne. Der Servituten ſeien aber nur zweierlei: Als Prädialſervitut könne jenes Recht nicht vorkommen. Sei es alſo überhaupt als Servitut möglich, ſo ſei es nothwendig als Perſonalſervitut möglich.

Allein, wodurch wird erwieſen, daß ein ſolches Recht überhaupt Servitut ſein kann?

Donell wendet ein: „Quisquis jure constituto alterum in re sua quid facientem cogitur pati, hujus res servit.

---

33) Hierher gehört namentlich Cujacius ad l. 14. cit. in Opp. IV. p. 896. Recitt. solemn. ad D. VIII, 3. l. c. in Opp. VII. p. 431.

34) So gl. personae ad l. 14. §. 3. cit. „sed hoc acto, ut ad heredem non transeat, quo casu est servitus personalis sec. R.“ cfr. not. 32. Donellus Comm. XI. c. 8. p. 536: „sed quod ad omnes servitutes praediorum diligenter praecipiendum est et tenendum, hoc loco monendi sumus, ita superiora jura esse praediorum servitutes, nisi id actum sit, ut personae tantum tribuerentur. Quod si actum erit, etiamsi omnia natura ad servitutem praedii occurrant, personae tamen servitutes erunt, non praedii, eoque ad alias personas non transibit servitus d. l. 4. D. de S. P. R..... praedii servitus est, si testator simpliciter leget: „Titio iter per meum fundum do;“ personae autem servitus evenit, si apponit testator „dum sciat soli sibi datum id iter, non aliis.“ — Cujacius in opp. IV. p. 893. Recitt. solemn. ad D. VIII, 3. „tunc sunt jura personalia, quae cum persona exstinguuntur.“ Vinnius ad Inst. II, 4. „si persona demonstrata sit, cui soli ea praestentur.“ Voetius ad P. VIII, 1. §. 4. „dum id agitur, ut ad heredes transitorium non sit.“

l. quoties §. 1. in f. D. de servit.“ Allein dieſe lex ſagt nur: Das Weſen der Servituten beſtehe nicht in einem facere, ſondern in einem pati oder non facere. — Alle Servituten gehen auf ein pati oder non facere, aber nicht Alles, was auf pati oder non facere geht, iſt ſchon Servitut.

Ebenſo unhaltbar iſt der Einwand aus l. de pupillo §. et belle D. de O. N. N.: „quisquis in re sua jus suum aliqua in parte deminuit, alterius auxit, servitutem rei suae imposuit.“ Dieſe Stelle giebt nicht an, was zu einer Servitut erforderlich, als Gegenſtand einer ſolchen möglich, ſondern ſetzt vielmehr voraus, daß bereits ein dingliches Recht beſtellt, bereits Jemand ſein Recht an ſeiner Sache (in re sua jus suum) zu Gunſten eines Anderen geſchmälert habe.

Uebrigens hat ſchon Hugolin dieſen Grund des Donellus geltend gemacht, vgl. Note 16.

Die unfruchtbare Doktrin, welche unmittelbar den Zeiten des Cujacius und Donellus folgte, blieb auch in unſerer Frage ihrem Charakter treu. Ein dürftiges Argument für die irregulären Servituten taucht erſt wieder auf bei Schweppe, a. a. O. §. 291. a. E.

Hier bemerkt er: Wenn ſämmtliche Nutzungen, ſo könne noch vielmehr die einzelne Nutzung einer fremden Sache Inhalt eines Nießbrauchs ſein.

Als ob der irreguläre ususfructus die Regel, der regelmäßige die Ausnahme wäre!

Puchta, Pandekten §. 180. not. d. hält einen usus auf bloßen Waſſerbezug für unzweifelhaft. Dies ſollte er eben beweiſen. Er frägt, warum iſt jenes nicht möglich? dies ſollte er eben widerlegen.

Künſtlicher iſt die Beweisführung Zachariä's von Lingenthal a. a. O. S. 50. Nach ihm iſt eine einzelne Nutzung als Uſusfruktus möglich, weil zu demſelben eine Geſammtheit von Nutzungen nicht ausdrücklich in der Legaldefinition erfordert wird. Iſt dies auch nicht ausdrücklich der Fall,

so liegt es vielleicht stillschweigend darin. Daß ein Usus-fruktus auf eine einzelne Nutzung beschränkt werden kann, wird auch nirgends ausdrücklich in den Quellen gesagt, und dennoch nimmt Zachariä es an.

Demnächst bringt derselbe Folgendes bei. Im Allgemeinen schon müsse der Nießbraucher dasselbe Maß der Nutzung beobachten, welches bereits vorher der Eigenthümer ohne alle Rücksicht auf den künftigen Nießbrauch selber innegehalten; um so mehr müsse der Wille des Eigenthümers entscheiden, wenn er speziell auf das Maß der Benutzung gerichtet ist.

Allein der Nießbraucher hat nicht das Maß, sondern die Qualität der Nutzung, wie sie der Eigenthümer beliebte, beizubehalten.

Hatte der Eigenthümer ein Grundstück zum Vergnügen, so darf der Nießbraucher es nicht zum Gewinne ausbeuten. War aber einmal das Grundstück zum Gewinne bestimmt, so ist Maß und Umfang des Gewinnes, Maß und Umfang der Nutzung unbeschränkt, und der Fruktuar kann einen viel größeren, viel reichlicheren Gewinn und Nutzen ziehen, als früher der Eigenthümer.[35]

Zachariä bezieht sich hierbei[36] auf die Abhandlung v. Madai's im Arch. für civil. Prax. XV. S. 343. über l. 13. §. 4. D. de usufructu. Allein mit Recht hat man dessen Ansicht heute fast allgemein aufgegeben, vgl. Note 35.

Zachariä stützt sich aber auch hierauf: Wie der allgemeine, so müsse noch viel mehr der spezielle Wille des Eigenthümers bei Normirung des Nießbrauches maßgebend sein.

Doch wann hatte jemals der Eigenthümer diesen Willen? Wenn er ehedem seinen Acker bestellte, wie wollte er damit einen künftigen Nießbrauch normiren?

35) l. 13. §. 4. D. de usufr. vgl. Vangerow §. 344. Anm. 2. Puchta, Pand. §. 181. Note o. Arndts §. 179. Anm. 2.

36) a. a. O. Note 58.

Der letzte Grund, den Zachariä und mit ihm auch Elvers a. a. O. §. 20. S. 185. anführt, iſt etwa der: Wenn in den Quellen dem Fruktuar der Geſammtertrag der dienenden Sache zugeſchrieben wird, ſo ſei dies nur ſog. dispoſitives Recht, und durch die Willkür der Parteien abänderlich.[37] Aber welches ſind die Gründe? Man citirt die l. 15. §. 6. D. de usufr. 7, 1. (Ulpianus): „— — sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri sc. in usufructu.“

Hieraus ergiebt ſich aber nur, daß ein Grundſtück auch ohne Inventar zum Nießbrauche beſtimmt werden kann. Was aber bezüglich des Inventars freiſteht, ſteht noch nicht hinſichtlich des Grundſtücks ſelbſt frei. Kann auch die Nebenſache beim Uſusfruktus fehlen, ſo kann ihm noch nicht ein weſentlicher Beſtandtheil der Hauptſache entzogen werden. Wenn auch Nichts aus dem Zubehör, ſo wird man doch allen Ertrag aus dem Grundſtücke ſelbſt noch nach dieſer Stelle zum Nießbrauche erfordern können.

Elvers zwar replicirt: Kann eine Befugniß dem Nießbraucher entzogen werden, ſo können es auch mehrere, ja alle außer einer, wäre ſelbſt dieſe eine nur etwas Negatives. Aber mit dem nämlichen Rechte, als alle übrigen, könnte auch noch dieſe eine wegfallen. Er beweiſt alſo zu viel!

Uebrigens kann auch eine Befugniß entzogen werden, ſo folgt daraus nur, daß man eine ebenſolche, eine gleichbedeutende, dem Begriffe des Nießbrauchs unbeſchadet, fehlen laſſen kann. Sollen alſo mehrere oder alle wegfallen, ſo müſſen ſie untereinander von gleicher Art und Beſchaffenheit ſein.

Aus inneren Gründen, aus Prinzip und Geiſt der Perſonalſervituten die Anſicht Roger's zu rechtfertigen, iſt alſo nach Obigem mißlungen. Ob die Erklärung der gedach-

37) Elvers a. a. O. „— ſie (d. h. die Regeln über den Umfang des Uſusfruktus) ſind lediglich Interpretationsregeln.“

ten Stellen ihr günſtig, wird ſich unten entſcheiden. — — Wenden wir uns jetzt zur Gegenpartei.

II. Das Haupt derſelben iſt der Gloſſator Joannes Baſſianus, ein Zeitgenoſſe Roger's.[38] Seine Anſicht geht kurz dahin: Eine einzelne Rechtſame an einer fremden Sache ſei immer als Obligation, bisweilen als Prädial-, niemals als Perſonal-Servitut zuläſſig.[39] Azo, ſein Schüler, folgte dem Meiſter.[40] Die Gloſſe von Accurſius nahm die Anſicht des Johannes auf,[41] und damit war ihr Platz in der gemeinen Meinung geſichert. Unter ihren Anhängern erblicken wir: Bartolus, Baldus, Paulus de Caſtro, die Celebritäten jener Zeit. Bartholomäus Cäpolla iſt tief in den Sinn der Frage eingedrungen und trifft ihren Nerv in ſeinen Cautelae c. 2. §. 7. casus principalis 3., subdistinctio 3. mit folgenden Worten:

„Tu tamen dicas, quod nec ista sc. facultas spatiandi, pomum decerpendi, coenandi e. q. s. potest dici servitus

---

38) vgl. Savigny, Geſch. des R.R. im M. A. IV. S. 250. Hugo, Literärgeſch. §. 98. S. 114. (1818. 2. Aufl.).

39) Gl. personae ad l. 14. §. 3. de alim. leg. „sed hoc acto, ut ad heredem non transeat aqua, quo casu est servitus personalis sec. R., ut hic. quod Joan. non placet, imo realis, sed heres legatarii exceptione repellitur .... at cum non habenti praedium relinquitur, non est realis .... sed Joan. dicit, nec personalem esse, sed quoddam jus, quod actione personali ex testamento vel pacto debetur.

40) Gl. valet exceptio ad l. 32. D. de usufr: „sed tu dic, quod hoc jus pascendi, si servitus est, semper est realis sive praedialis .... si vero non habenti praedium concedatur ... non est praedialis vel personalis servitus, sed jus quoddam ex promissione ... sec. Azonem. cfr. Bartolus ad l. 4. D. de S. P. R., gl. non eadem ad l. 4. D. eod. — Hugolin, ebenfalls ein Schüler des Johannes, wich hierin von ihm ab.

41) Gl. non eadem ad l. 4. D. de S. P. R. „Item quid si ille, cui tales servitutes conceduntur, nullum habeat praedium? adhuc Ro. et alii, quod est personalis servitus, sed potius dicam, esse jus personale, non servitutem ut D. de servit. l. cit. pomum, sicut si decem mihi stipuler. Accurs." cfr. gl. non potest ad l. 8. D. 8, 1. gl. personae in not. 39.

usufructus vel usus, quoniam ad usufructuarium pertinent vel omnes fructus vel quota pars. sed in hoc casu ad istum, cui facta est promissio, non spectat nisi certa quantitas.

Item nec etiam servitus usus potest dici, quoniam ad usuarium pertinet, posse sumere, quantum expedit sibi et familiae suae, ut l. plenum in fin. de usu et habit., sed praedicta concessio restringitur ad certam quantitatem, non ad necessitatem e. q. s.

Im 14. und 15. Jahrhundert hatte die Anſicht des Johannes ausſchließliche Geltung, und behielt noch im 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts die Oberhand, wenngleich ſie ſchon von den bedeutendſten Gelehrten hier verlaſſen wurde. Bemerkenswerth iſt, daß Cujacius, der früher dem Roger beigetreten war, in den Observ. lib. XXIV. c. 22. ſich der Gloſſe und der Anſicht des Johannes zuwandte. (Opp. III. p. 705.). Er bemerkt nämlich zur l. 8. ut pomum D. de servit.: „Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et coenare in alieno possimus . . . . . non certe servitus praedialis . . . . . sed neque servitus personalis, quia nec usui vel fructui ea facultas decerpendorum pomorum et spatiorum faciendorum in alieno similis est et quae non his duabus servitutibus personalibus similiter adsimilantur, servitutes personarum non sunt, verum conventio hujusmodi justa est et obligationem parit.“

Gleich darauf heißt es noch: „Eadem vero ratio intervenit et servatur in specie l. 12. D. de annuis legatis, ex praediis longe dissitis certo pondere annuo salicis et arundinis relicto aliis praediis, propterea quod non usumfructum reliquit testator, sed ex fructu praediorum libras pondo aliquot, nec servitus praedialis est (deficiente vicinitate). Sic et in specie l. ult. §. ult. D. de C. E.“

Wie Cäpolla, verlangt hier offenbar Cujacius zum Uſus und Uſusfruktus einen volleren Inhalt, als möglicherweiſe in einer einzelnen Nutzung liegen kann. Und was er über das Recht, Obſt zu pflücken oder ſpazieren zu gehen, ſagt, gilt nothwendig auch von allen übrigen einzelnen Nutzungsrechten.

Ebenſo iſt dieſe Stelle des Cujacius verſtanden worden: von Vinnius ad Inst. II, 4. prooem. von Noodt, Probab. I. 3. §. 9. in f. und von Schweppe, Röm. Privatr. §. 291. Anm. 2. Mit Unrecht legt Zachariä a. a. O. Note 6. dieſen Schriftſtellern einen Irrthum hierbei zu Laſt. Er ſelbſt freilich giebt a. a. O. S. 10. nur einen völlig aus dem Zuſammenhange jener Stelle des Cujacius losgetrennten Satz (nur die Worte quae non his u. ſ. w. bis non sunt).

Neben Cujacius war noch gegen irreguläre Servituten: Anton Faber, Rational. ad Pand. ad l. 4. D. de S. P. R., Antonius de Padilla in l. et in provinciali praedio C. de servit. 3, 34. num. 25., Jacobus Menochius de retinenda possessione remed. num. 6. versic. 45.[42])

Seitdem aber werden die Vertheidiger der Gloſſe immer ſeltener. Außer Lyklama a Nieholt (Membran. VI, 10.) trat für dieſelbe namentlich Udalricus Huber ein. In deſſen Praelectiones II. ad D. VIII, 2. 3. num. 2., und in den Positiones zu dieſem Titel, num. 3. heißt es nämlich: „ita scripsimus, aliquando reales servitutes possunt fieri personales ex accidenti, si persona, cui debeantur, expressa sit; quamquam vix est, ut illa proprie servitus sit.“ Thomaſius wendet hierauf ein: „sed cur non? nisi dicere velis, personales servitutes saltem esse usumfructum et rel.“ Zur Erwiederung bemerkt Huber dazu: „quia servitutes personales a Juris auctoribus in lib. 7. sunt proditae

42) Vgl. Castillo Sotomayor de usufructu c. 49. num. 22—24., der bezeugt, daß noch zu ſeiner Zeit (circa 1600) die Anſicht des Johannes allgemein angenommen war.

usus et ususfructus, operae et habitatio, a quibus facta (der materielle Gehalt) praedialium servitutum aliena sunt.“[43]

Im 18. Jahrhundert verwarf Cocceji, jus civ. controv. VII. qu. 1. („An dentur servitutes extraordinariae?“) und Westphal, de libert. et servitut. pr. 322., die irregulären Servituten.

Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis XV. S. 383 f. ſpricht ſich zwar nicht recht deutlich aus, folgt aber keineswegs der Gloſſe. Seine Worte haben etwa den Sinn: Die Beſtellung eines usus oder ususfructus müſſe entweder ausdrücklich in dieſen Worten oder doch wenigſtens in einer Weiſe geſchehen, die über Zweck und Weſen der zu conſtituirenden Servitut keinen Zweifel läßt. Eine einzelne Nutzung könne Perſonalſervitut ſein, wenn nur die Abſicht der Parteien wirklich darauf gerichtet, alſo z. B. bei einem Rechte, Thon zu graben, der Zuſatz gemacht wäre, daß die daraus gefertigten Gefäße zum Verkauf kommen ſollten, wie in l. 6. D. de S. P. R. („ut vasa veneant“) oder in l. 37. D. eod. Vgl. a. a. O. 388—89. und Note 14.). Würden hingegen blos die Worte: iter, actus, via, aquaeductus etc. bei der Beſtellung gebraucht, ſo bezeichneten dieſe nach dem feſten Sprachgebrauche der Römer immer nur Prädialſervituten, und dies ſelbſt dann, wenn man auch die Ausübung ſolcher Rechte auf eine einzige Perſon beſchränken wollte. Aus einer derartigen Modifikation ergebe ſich nämlich noch nicht, daß die Abſicht der Parteien wirklich auf Errichtung eines usus oder ususfructus gehe. So handele es ſich in l. 4. D. de S. P. R. 8, 3. und l. 14. §. 3. D. de alim. leg. nur um wirkliche Prädialſervituten.

Mühlenbruch giebt alſo unzweideutig die Möglichkeit

---

43) Irrthümlich glaubt Mühlenbruch, Archiv XV. Note 7. S. 384., Huber wolle a. a. O. nur ſagen: daß man eine Prädialſervitut mit perſönlicher Beſchränkung nicht ſchon eine Perſonalſervitut nennen dürfe.

irregulärer Servituten zu, und weicht nur in der Erklärung einiger Stellen von der gewöhnlichen Meinung ab. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 14. In neuerer Zeit hat somit Niemand die Ansicht des Johannes vertreten.

— Dennoch ist sie nicht ohne triftige Gründe. Sie geht hervor aus dem Begriffe und der Gesammtauffassung der persönlichen Servituten. Sie kennt nur eine Gestalt des Usus und Ususfruktus, nämlich die, welche sich einer unbefangenen Betrachtung von selbst aufdrängt, die, welche uns in unzähligen Beispielen der Quellen begegnet. Für sie existirt nur der regelmäßige Usus und Fruktus. Der Widerspruch vereinzelter Stellen ist ihr nur ein scheinbarer.

Bei Auflösung desselben konnte der Glossator Johannes gegenüber der Interpretation der Gegner nicht in Verlegenheit sein. Letztere schritten zur Annahme von Personalservituten hauptsächlich nur deßhalb, weil es von den fraglichen Servituten heißt, daß sie mit einer bestimmten Person erlöschen, dieser Umstand aber mit dem Begriffe der Grunddienstbarkeiten unverträglich sei, arg. l. 4. D. de servit. §. 1.

Johannes hatte nun gerade zu dieser Stelle treffend ausgeführt, daß die Grunddienstbarkeiten nicht nur ipso jure, sondern auch per exceptionem, und in letzterer Form auch mit einer bestimmten Person erlöschen können. Es war nur ein kleiner Schritt, dies auf unsere Frage anzuwenden, und daß Johannes in diesem Sinne die oben erwähnten Stellen erklärt, erhellt wohl deutlich aus Glosse non eadem] ad l. 4. D. de S. P. R. 8, 3., wo es heißt:

„His enim casibus licet sui natura transeant (servitutes), tamen per exceptionem defenditur dominus proprietatis, quominus patiatur. Sed qualis servitus erit his casibus, cum non transeat, quoad effectum? Resp. quidam: personalis. Sed potius dicas: praedialem, cum ipso jure transeat e. q. s.“

Offenbar hat hier Accursius den Streit zwischen Roger und Johannes vor Augen.

Ob nun Letzterer die hierher gehörigen Stellen auch wirklich richtig interpretirt, muß vorläufig noch dahingestellt bleiben. Im Uebrigen hat sein Verfahren bei Erörterung unserer Frage manche vortheilhafte Seite. Daß eine Servitut schon mit einer bestimmten Person erlischt, genügt ihm noch nicht, hier eine wahre Personalservitut anzunehmen. Es ist ihm vielmehr nur ein rein äußerlicher Erfolg, bei dem allein entscheidend ist, auf welche Weise er herbeigeführt wird. Sodann stützt er sich auf eine allgemein anerkannte und übliche Form des Usus und Ususfruktus; zwar, daß diese nun auch die einzige und allein mögliche sei, hat er noch nicht zu erweisen versucht (wenigstens soviel sich aus der mangelhaften Ueberlieferung des Accursius abnehmen läßt) — und dies ist eine wesentliche Lücke.

Merkwürdigerweise endlich ist die Ansicht des Johannes, trotz ihrer zahlreichen Anhänger, doch nicht durch neue Beweisgründe bereichert worden.

Werfen wir nun einen Rückblick auf das Obige, so streiten in unserer Frage zwei Meinungen mit einander, deren jede einmal zur ausschließlichen Herrschaft gelangt ist: die eine in älterer, die andere in neuerer Zeit. Diese — in steter Fortentwickelung sich verbreitend, verallgemeinert, und durch den Scharfsinn ihrer Anhänger nach den verschiedensten Richtungen vertheidigt; jene — sich gleichmäßig durch einen langen Zeitraum hinbewegend, unverändert, wie sie aus dem Geiste ihres ersten Urhebers entsprungen war. Die eine — sich anklammernd an den Buchstaben und den Wortlaut, die andere — auf dem Begriffe und dem glatten Boden totaler Anschauung fußend. Keine konnten wir verwerfen, — ihr hauptsächlichstes Argument, die Zeugnisse der Quellen, ließen wir noch außer Betracht. Keine konnten wir annehmen, weil wir die Gründe der einen ablehnten, die der anderen uns nicht überzeugten.

III. Zur Zeit des Ueberganges, des Wendepunktes, wo die eine der anderen in der Herrschaft wich, erschien noch eine

dritte Anſicht auf dem Schauplatz, freilich nur, um ihn nach kurzer Dauer auf immer zu räumen. Namentlich im 17. Jahrhundert ſuchte man die Löſung unſerer Frage in der Annahme neuer Bildungen perſönlicher Servituten.

Leiſe Anfänge davon finden ſich freilich ſchon bei Zaſius (libr. 2. resp. 7.), der „servitutes quasdam anomalas s. anonymas" behauptet, „quae nec personales[44] nec reales nec urbanae nec rusticae" ſind, ſondern „jura servitutum anonyma." Ihm folgt Dyon. Gotofredus ad l. 8. D. de serv. 8, 1. Aehnlich Maranus, Paratitla (in Opp. p. 131 sq.), d'Avezan, servit. lib. III. c. 14. (Meermann., Thes. IV. p. 155.), letzterer folgendermaßen: „servitutum quodammodo tres sunt species, nempe, ut aliae sint personales, quae personis semper debentur, numquam vero praediis, ut usus et ususfructus, aliae sint praediales, quae numquam personis deberi possunt, sed praediis, ut iter, via, actus, aquaeductus et similes: aliae denique sint communes, quae modo sint vere personarum, modo vere praediorum."

Offenbar kann dieſe dritte Klaſſe niemals ein usus oder ususfructus ſein, denn als ein ſolcher könnte ſie nur bei Perſonen, nicht aber bei Grundſtücken vorkommen. d'Avezan hat hier alſo eine neue, dritte species von Perſonalſervituten im Sinne.[45]

Ebenſo iſt auch Vinnius ad Inst. II, 4. zu verſtehen, vgl. oben Note 28.

Unzweifelhaft iſt Vultejus, Jurisprud. Rom. I. c. 63. p. 347: „servitutis personalis species ponuntur vulgo tres: usus, fructus, habitatio, fortasse, quod hae numquam reales fieri possunt, sed semper sunt personae. Alias enim cum ex servitutibus realibus fieri possint personales, tot servitutum personalium species possent constitui, quot in universum sunt servitutum species; ita aquaeductus

44) Nec personales i. e. nec usus nec ususfructus.

45) A. M. Zachariä a. a. O. S. 12.

potest servitus personalis esse.“ l. 37. D. de S. P. R. 8, 3. l. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34, 1. l. paen. D. de serv. leg. 33, 3.

Im 18. Jahrhundert findet ſich dieſe Anſicht häufiger, namentlich bei Hilliger, Donellus enucleatus XI. c. 1. not. d., Lauterbach, Coll. Pand. VII, 1. §. 5., Stryk, de Berger, Hellfeld, Jurispr. for. §. 631., Höpfner §. 348., Jo. Ph. Slevogt, diss. de servit. anomal. Jenae 1700., Hofacker §. 1110.

Dieſe Anſicht zu begründen, verſucht allein Thomasius, Scholion ad Huberi Praelectiones II. ad P. VIII, 2. 3. num. 2.

Eine Kritik derſelben gaben wir bereits oben §. 1. (vgl. Note 10.).

Die bisherige Literatur bleibt alſo die Antwort auf unſere Frage ſchuldig.

Ein neuer Verſuch, dieſelbe zu löſen — ſoviel erkennen wir — hat aber nothwendig eine zwiefache Richtung einzuſchlagen. Er wird vornehmlich vom Geiſte und Grundzug der perſönlichen Servituten ausgehen, Prinzip und Theorie des Uſus und Uſusfruktus zum Anhalt nehmen müſſen. Denn hierin liegt die allereigenſte und prinzipmäßige Quelle der Entſcheidung. Davon in §. 3.

Alsdann werden wir allgemeinere Geſichtspunkte aufſuchen (§. 4.) und endlich uns den vereinzelten, hier einſchlägigen Quellenausſprüchen zuzuwenden haben, um deren Verhältniß zu der grundſätzlichen Erledigung der Frage endgültig feſtzuſtellen (§. 5.).

§. 3.

Entſcheidung der Frage aus dem Prinzip und der Lehre der Perſonalſervituten.

Wie oben dargethan (§. 1. ad III.), haben wir zunächſt auf Inhalt und Umfang der Perſonalſervituten zurückzugehen.

Die Grundſätze hierüber ſind nun aber äußerſt ſchwankend. In ihnen erledigen wir alſo eine wichtige Vorfrage. Hierbei gilt vom Uſus im Allgemeinen daſſelbe als vom Uſusfruktus.

A. Begriffsmäßiger Umfang und Inhalt der Perſonalſervituten.

I. Die Legaldefinition des Uſusfruktus iſt vor Allem hierbei maßgebend. Als Objekt des Nießbrauches erfordert dieſelbe zunächſt

a. alienae res. Alſo res; ausgeſchloſſen iſt Alles, was nicht res iſt, d. h. kein ſelbſtändiges Ganzes bildet (separatum corpus non habet).

Nur das Grundſtück, z. B., nicht die Bäume auf demſelben, nicht die darauf befindlichen Brunnen, Ciſternen, Wände u. dgl. können Objekt eines ususfructus ſein. Sie ſind nur integrirender Theil des fundus, bilden kein von ihm geſondertes Ganzes.[46])

Dem ſteht nicht entgegen, daß ein ususfructus an einem Wohngebäude (aedes) möglich. Denn hier iſt der fundus ſelbſt Objekt, aber nur in ſeiner Eigenſchaft als bebaute Fläche, nicht als „fundus“ ſchlechthin, ſondern als „area inaedificata.“ Dies zeigt ſich namentlich bei der Erlöſchung eines ſolchen Uſusfrukt. Stürzt das Haus ein, ſo erliſcht er nicht wegen des Einſturzes als ſolchen, ſondern wegen der darin liegenden Veränderung des fundus.[47] Wäre der bloße

46) l. 40. D. de action. empti et vend. 19, 1.: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo. Vgl. Arndts, Pand. §. 50.

47) l. 5. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4.: „Rei mutatione interire usumfructum placet. veluti: ususfructus aedium mihi legatus est: aedes corruerunt, vel exustae sunt: sine dubio exstinguitur. An et areae? certissimum est, exustis aedibus nec areae nec caementorum usumfructum deberi, et ita et Julianus. §. 3. si areae sit ususfructus legatus et in ea aedificium sit positum: rem mutari et usumfructum exstingui constat.“ Die Veränderung liegt alſo bei einem

Theil Objekt, ſo müßte ſchon mit dem Hauſe als ſolchem das Recht aufhören, weil das Haus, nicht, weil eine Qualität des fundus untergeht.

Daſſelbe ergiebt ſich aus dem Nießbrauche an einer Tenne, einem See, einem Ackerfelde, einem Walde, einer Metallmaſſe u. ſ. f. l. 10. §. 1—6. D. quib. mod. usufr. 7, 4. Denn was iſt die Tenne Anderes, als der „fundus non inaedificatus?“ der See Anderes, als der „fundus inundatus?“

Schlagend iſt das Beiſpiel des Viergeſpanns l. 10. §. 8. eod. Object des Rechtes iſt hier nicht jedes Pferd unbedingt, ſondern nur, ſolange die Vierzahl beſteht. Ebenſo kommt bei einem Theaterſclaven nicht ſowohl der Menſch, als der Schauſpieler in Betracht. l. 12. §. 1. D. eod.

Ueberall begegnet uns alſo nicht der Theil, ſondern die Sache ſelbſt als Objekt des Nießbrauches, aber nicht ſchlechthin, ſondern immer in einer beſtimmten Eigenſchaft.[48]

Demnach iſt es unrichtig, wenn Hugolin (zu l. 8. D. de servit. 8, 1.) einen Nießbrauch an einem Baume, oder Puchta einen Uſus an einem Brunnen (Pandekt. §. 180. not. d. „Warum ſollte ein Brunnen nicht Gegenſtand eines Uſus ſein können?“) für möglich halten.

---

unbebauten Grundſtücke in dem Aufbaue, bei einem bebauten in dem Einſturze des Hauſes. Aber nur der fundus, die area wechſelt ihre Farbe, nicht das Haus ſelbſt. Dies wird zerſtört (cfr. l. 7. eod. „sublato aedificio“), nicht verändert; eine Veränderung des Hauſes hat nicht den Untergang des Rechtes zur Folge, cfr. l. 10. §. 7. D. eod. —— Ebenſo l. 10. §. 3. D. eod. „sed et si stagni ususfructus legetur et exaruerit sit, ut ager sit factus (d. h. ſo daß ein Acker entſtanden, nicht: ſo daß er zu einem Acker geworden) mutata re ususfructus exstinguitur.“ Der fundus, die res, nicht der See iſt verändert, dieſer iſt verſchwunden.

48) Außerhalb des Sachenrechts kehrt dieſe Erſcheinung oftmals wieder im Obligationen- und Erbrechte, z. B. l. 98. §. ult. D. de solutionibus, oder l. 79. §. 2. D. de legatis 3. §.: „Area legata, si inaedificata medio tempore fuit ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.“

Ein anderes Glied der Legaldefinition iſt

b. das uti frui. Uti heißt: eine Sache ihrer Natur und Beſtimmung gemäß anwenden.[49] Eine widernatürliche Verfügung iſt ein Mißbrauch der Sache, ein abuti, z. B. wenn man ein Wohnzimmer zu einem Viehſtall verwenden wollte. Es iſt auch noch kein uti, wenn man ſich einer Sache nicht zu ihrem hauptſächlichſten und allereigenſten Zwecke bedient. Der Zweck eines Schiffes z. B. iſt die Seefahrt. Läßt man es im Hafen liegen, um etwa nur an Bord Zuſammenkünfte zu halten, oder überſpannt man es noch mit einem Zelte, um eine Art Seebad zu haben, — ſo iſt dies freilich eine Benutzung des Schiffes, aber nicht die, welche Zweck und Natur deſſelben vorſchreiben.

Dies zeigt ſich auch in vielen Beiſpielen der Quellen. So ſagt l. 12. §. 1. D. de usufructu 7, 1.: „navis usufructu[50] legato, navigatum mittendum puto, licet naufragii periculum immineat. navis enim ad hoc paratur, ut naviget.“ Oder l. 15. §. 1. D. eodem: „Mancipiorum usufructu legato ..... secundum eorum conditionem uti debet,“ oder §. 5. ibid.: „scaenicae vestis usufructu legato ..... alibi quam in scaena non utetur.“ Die Beſtimmung des Hauſes wird in das Wohnen geſetzt, cfr. l. 2. §. 1. D. de usu et hab. 7. 8. Der usus an einem Joch Ochſen enthält nach l. 12. §. 3. eod. „ea, ad quae boves apti sunt, veluti ad arandum.“ Bei einem Luſtgarten (voluptarium praedium) iſt die Benutzung der Laubgänge, Raſenplätze u. ſ. w. das Weſentliche. Der Zweck des Ackers iſt der Feldbau, und dieſer iſt daher der nothwendige Inhalt des betreffenden usus. Etwas Anderes iſt es, unter welchen Umſtänden dem Berechtigten freiſteht,

49) Ebenſo Arndts, Pand. §. 182. („Uſus iſt ſeiner wörtlichen Bedeutung nach das Recht, die Sache ihrer Natur und Beſtimmung gemäß ..... zu gebrauchen“).

50) Spricht Ulpian in dieſen Fällen auch von einem ususfructus, ſo hat er doch zunächſt nur den darin liegenden usus vor Augen.

den Zweck des Grundſtückes ſelbſt zu verändern. Hiervon handelt l. 13. §. 4—5. D. de usufr. 7, 1. und dabei zeigt es ſich deutlich, wie ſehr der Inhalt des uti von der jeweiligen Beſtimmung des Grundſtückes abhängt. Wird ein Acker in ein Bergwerk umgewandelt, ſo gehört zum usus nicht mehr der Feldbau, ſondern das Suchen nach den Metalladern, was möglicherweiſe das Niederſchlagen ſämmtlicher Fruchtbäume, Hölzer, Weinſtöcke, Oelpflanzen u. ſ. w. nach ſich haben kann. Aus dem veränderten Zwecke folgt eben eine veränderte Benutzungsweiſe.

Der Begriff des uti, wie er hier ausgeführt, trifft namentlich beim ususfructus zu. Zwar findet er auch beim usus, dem ſog. nudus usus im Gegenſatze zum fructus, ſeine volle Anwendung; allein iſt auch jeder usus ein uti, ſo taugt noch nicht jedes uti zu einem usus.

Bei den meiſten Sachen nämlich iſt das bloße uti dem Berechtigten von gar keinem Nutzen; ſein Recht iſt völlig illuſoriſch, wenn ihm Nichts darüber hinaus an der Sache zuſteht, z. B. wenn er zwar das Feld beſtellen, aber nicht die Früchte ernten, oder, zwar den Bergbau betreiben, aber die gewonnenen Metalle ſich nicht zueignen und verkaufen darf. So wäre bei einem Walde der bloße usus eine Myſtifikation: „usu sylvae legato, nisi licet legatariis caedere sylvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri sunt ex eo legato.“ l. 22. pr. D. de usu et habit. 7. 8. Ein uti iſt hier überhaupt unmöglich. Schon die Sprache beweiſt dies. Man ſagt nicht: einen Wald gebrauchen, uti. Er iſt nicht, wie z. B. eine Vorrichtung oder ein Werkzeug, ein Mittel, das man zur Erreichung beſtimmter Zwecke anwenden könnte. Man kann allerdings einen Wald als Verſteck gebrauchen. Aber ein ſolcher Zweck folgt nicht aus dem objektiven Weſen des Waldes, er wird nur ſubjektiv von außen hineingetragen.

Ebenſowenig läßt ſich Etwas mit einer Schaafheerde erreichen; allenfalls iſt ſie zur Düngung eines Feldes brauch-

bar; doch in ihrem Wesen liegt dieser Zweck nicht. Daher sagt Labeo fast ironisch[51] in l. 12. §. 2. D. de usu et habit. 7. 8.: „pecoris usu relicto, puta, gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat."

Wenn nun demungeachtet einem solchen Usuar ein mäßiger Antheil an Wolle und Milch aus Billigkeitsgründen eingeräumt wird (d. l. 12. §. 2.), oder in Folge eines Rescriptes Hadrian's der Usus an einem Walde als Ususfruktus auszulegen ist (d. l. 22. pr.), — so ist dies Alles nur singulärer Natur, und alterirt nicht im Mindesten den wahren und regelmäßigen Begriff des Usus.[52]

Der Usus ist somit auf Gegenstände beschränkt, bei denen ein uti nicht nur denkbar, sondern dem Berechtigten auch wirklich vortheilhaft ist. Dahin gehören: Wohngebäude, Zugthiere, Vorrichtungen, Werkzeuge, Sclaven u. dgl.

Der Usus ist noch heutzutage ebenso möglich, als im Alterthume. Er kommt nur wegen der veränderten Lebensverhältnisse seltener vor.

Ein weiterer Begriff der Legaldefinition ist das frui, der fructus, d. h. der Fruchtbezug. Unter Frucht ist nun der Ertrag zu verstehen, den eine Sache zufolge ihrer Natur und ihres eigenthümlichen Wesens hervorbringt. Wer nur ein nebensächliches Erzeugniß sich aneignen darf, z. B. aus einem Weinberge nicht die Trauben, sondern blos etwa die Grashalme, die dort wachsen, — hat noch keineswegs den Fruchtbezug der Sache. So umfaßt der fructus an einem Oelgarten nothwendig die Oelpflanzen, an einem Stein-

51) Treffend ist die Bemerkung Luden's, Servitutenlehre §. 17. (Note zu dieser Stelle).

52) Aehnlich ist die Auffassung des Usus bei: Hugo, civil. Magazin I. S. 339. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 1798, I. Nr. 3. v. Scheurl, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft XV. S. 21. Elvers a. a. O. §. 59.

Die ältere Theorie, welche die Ausnahmen zur Regel macht, findet sich unter den Neueren, z. B. bei Noodt, de usufr. I. c. 2. in opp. I. p. 324. Puchta, Pandekten §. 180.

bruche nothwendig die Steine, an einer Grube den Kalk, Thon oder Sand, an einem Obſtgehege das Obſt, nicht etwa blos die herabfallenden Blätter oder Zweige. l. 7. pr. l. 9. pr. §. 1—3. D. de usufr. 7, 1. l. 15. §. 1—5. D. eod. vgl. oben S. 29. Bei einem Walde iſt das „caedere sylvam," der Holzhieb, der weſentliche Inhalt, l. 22. pr. D. de usu et hab. 7. 8., bei einer Schaafheerde die Wolle, Milch, und die Lämmer, arg. l. 12. §. 2. D. eod., bei einer Statue lediglich die Aufſtellung, l. 41. pr. D. de usufr. 7, 1.

Der Akt des frui iſt endlich durchweg der des Aneignens. Es iſt immer ein Verknüpfen mit der Perſon: ein Abpflücken, Abmähen, Abhauen, Ausgraben u. ſ. f.

Vergleichen wir den Uſus mit dem Fruktus, ſo ruht der Inhalt des erſteren im Akte des uti ſelbſt, der des letzteren im Gegenſtande des Aktes, im Objekte des frui.

Das uti des Theaterſchmuckes, das Auftreten im Bühnenkleide, iſt der Zweck. Das Kleid iſt nicht ſeiner ſelbſt wegen da. Bei der Ernte hingegen iſt das Getreide die Hauptſache.

Das Schiff wird der Fahrt wegen erbaut. Der Bergbau geſchieht der Metalle wegen. Des uti wegen iſt die Sache, der Sache wegen das frui da.

Oftmals iſt, wie wir oben geſehen, der bloße Uſus an ſich völlig nutzlos. Hier bildet der Fruktus die nothwendige Ergänzung zu ſeiner Wirkſamkeit. Umgekehrt iſt aber auch hier ein Fruktus ohne den Uſus bedeutungslos. Dieſer bereitet jenen vor. Daher die Regel: usus fructui inest. Daher erklärt ſich auch l. 14. §. 1. D. de usu et hab. 7. 8.: „si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius ..... scribit. et si forte, usufructu legato, fructus (als nothwendige Ergänzung) adimatur, totum videri ademptum scribit."

Der Uſus ferner iſt auf eine Reihe von Gegenſtänden beſchränkt, der Fruktus iſt überall, und oft nur ausſchließlich möglich.

Gemeinsam dagegen ist beiden, daß ihr Inhalt nothwendig dem Wesen und der Natur der Sache entsprechen muß. Beim Usus ist es die Hauptanwendung der Sache, beim Fruktus der Hauptertrag, welche den Inhalt bilden.

Dieser, als der hauptsächlichste Nutzen, erscheint sonach einfach zusammengefaßt. Lösen wir ihn aber auf, so enthält er die Summe aller an der Sache nur irgend gedenkbaren Vortheile.

Das Wohnen z. B. ergreift das Gebäude in allen seinen Theilen; man benutzt nicht blos die Zimmer, sondern auch den Boden, den Keller, die Treppe, die Thür, den Hofraum und so unendlich viel Anderes. Ebenso setzt sich nicht der Feldbau oder das Bergwerk aus einer Unzahl von Verrichtungen, Arbeiten und Vorarbeiten zusammen, zu denen die Sache von allen Seiten herangezogen wird?

Aehnlich verhält es sich beim Fruktus. Der Hauptertrag eines Grundstücks umfaßt in der Regel alle Erzeugnisse desselben. Oft ist er auch ohne viele Vorbereitungen gar nicht denkbar, und da wird noch durch diese wieder die Sache in Anspruch genommen.

Insofern also, dem Effekt und der Wirkung nach, kann man behaupten, daß der Usus und Ususfruktus alle Nutzungen einer Sache umfassen. Auf diesem Standpunkte vulgärer Auffassung befinden sich die meisten Definitionen.[53]

Man darf aber deßhalb nicht das Prinzip und den Kern der Sache aus den Augen verlieren, und es ist stets das Wesentliche von dem Zufälligen, das Nothwendige von dem blos Häufigen zu sondern. Wesentlich ist die Anwendung, der Ertrag, welcher der Natur und der eigenthümlichen

53) z. B. Vinnius, de usufr. II, 4. Inst. p. 244. Comm. 2.: „omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas rei ad fructuarium pertinet" oder „fruendi vocabulum omne fructus genus sive omnem animi et corporis commoditatem complectitur." Schweppe §. 292. Wening-Ingenheim §. 145. Zu freigebig ist Noodt, de usufr. I. c. 2. p. 324. „ususfructus prorsus neque finem habet neque modum."

Beſtimmung der Sache entſpricht. Dagegen können dem Uſus und Fruktus Nutzungen entzogen werden, die blos untergeordneter Art und für den Hauptzweck ohne alle Bedeutung ſind, z. B. bei einem Walde zwar nicht das Holz, wohl aber die Jagd oder der Vogelheerd. Bei einem Hauſe darf unter keinen Umſtänden das Wohnen fehlen, ſo daß nur etwa ein Waſſer- oder Durchgangs-Recht übrig bliebe.

Die vorſtehende Anſicht über Inhalt und Umfang des Uſus und Uſusfruktus haben wir unmittelbar aus den Quellen geſchöpft.

Man hat es nun aber geradezu für unmöglich erklärt, aus letzteren dieſen Punkt zu erledigen, indem dort Nichts als Interpretations-Regeln aufgeſtellt wären. In gewiſſer Beziehung iſt dies richtig. Aber die Quellen enthalten auch Beiſpiele! Aus dieſen war das allgemein Wiederkehrende und gemeinſam Weſentliche auszuſuchen, und ſo das wahre Prinzip abzuleiten.

Und wäre es nicht die baarſte Willkür, im Zweifel dem Nießbrauch die werthvollſten und ausgedehnteſten Gerechtſame beizulegen, wenn zu demſelben in Wahrheit ſchon ganz unbedeutende und unerhebliche Nutzungen ausreichend wären? Beſtimmungen, die im Zweifel zur Anwendung kommen, berühren nur immer die ſekundäre Natur eines Rechtsverhältniſſes. Bei einem Nießbrauch, deſſen weſentlicher Inhalt ſchon etwas Unbedeutendes iſt, könnten ſie ſich daher nur auf noch Unbedeutenderes erſtrecken, nicht aber gerade zu dem Allerwichtigſten aufſteigen.

Die Gründe übrigens, mit denen man ſonſt die entgegengeſetzte Anſicht vertheidigt, haben wir bereits oben abgewieſen. Dieſelbe lebt alſo eigentlich nur von dem Widerſpruch, den man gegen ſie erhebt.

Zahlreiche Beiſpiele, in denen ſich unſere Auffaſſung des uti frui verkörpert, finden ſich bei Brissonius, de verbor. signific. v. fructus (p. 374. ed. 1721.). Schließlich ſei

hier eine Bemerkung Noodt's am Platze, der sich sehr gründlich mit dem Nießbrauch beschäftigt hat:

„Illud quaeri dignum, cur Paulus in definitione addat: alienis rebus. Nam usufructus ab utendo fruendo deducitur, et tam dominus re sua, quam fructuarius aliena utitur et fruitur. ita natura late patet usufructus, potestque dominio inhaerere vel sine dominii societate haberi, nec minus propriae quam alienae rei esse. l. 126. §. 1. D. de V. O. l. 78. D. de jure dotium. l. 21. §. 3. D. de except. rei jud. l. 5. D. si usufr. petatur.

Quid sit uti frui, paulo disertius explicabo, silentibus hac in parte Interpretibus multae opes doctrinae praeferentibus.

Alles Obige wird auch durch das letzte Glied der Legaldefinition bestätigt:

c. salva rerum substantia, d. h. der Nießbrauch darf nicht die Substanz ergreifen. Diese Beschränkung wäre unnöthig, wenn das uti frui an sich nicht den äußersten Grad, über eine Sache zu verfügen, nicht die ganze faktische Seite des Eigenthums in sich faßte. Fällt nun auch die Verfügung über die Substanz heraus, so bleibt noch vieles Andere, und damit die wesentlichsten Vortheile als begriffsmäßiger Inhalt des Nießbrauchs zurück.

Entscheidend für den Nießbrauch ist auch

II. sein Verhältniß zum Eigenthum.

Letzteres wird durch ihn jedes thatsächlichen Nutzens beraubt; so weit und ausgedehnt ist sein Umfang.

Unzweideutig zeigt dies Gajus: „Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti.“

(l. 2. D. de usufr. 7, 1. cfr. Inst. II, 4. §. 1.)

Der Gesetzgeber wird hier durch den ausgedehnten Umfang des Nießbrauchs veranlaßt, für diesen eine absolut durchgreifende Norm aufzustellen. Mußte er nicht hier, wenn

irgendſonſtwo, vor Allem den richtigen und wahren Begriff des Nießbrauchs vor Augen haben? Jene Norm iſt abſolut; ſie wäre einſeitig, wenn nicht der Nießbrauch durchweg den vorausgeſetzten Charakter: jenen weiten Umfang bewahrte.

Ebenſo wäre die cautio fructuaria ohne allen Sinn, wenn nicht dem Eigenthümer im Fruktus ein Recht gegenüberſtände, das ihm möglicherweiſe ſchädlich werden könnte.

Die cautio gilt abſolut überall; überall muß alſo auch jene Beſorgniß, jener beträchtliche Inhalt des Nießbrauchs vorliegen. Evident erhellt dies aus l. 13. pr. D. de usufr. 7, 1.: (Ulpianus)

„Si cujus rei ususfructus legatus sit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio judicis hoc fiat: nam sicut debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Haec autem ad omnem usumfructum pertinere, Julianus libro 38. digestorum probat.“

Nicht minder, als die rechtliche Natur, iſt

III. die faktiſche Erſcheinung des Nießbrauchs für ſeinen Umfang unterrichtend.

a. Allgemein und ohne Vorbehalt wird dem Fruktuar die Detention der Sache (naturalis possessio) zugeſchrieben.[54]

„Naturaliter videtur[55] possidere is, qui usumfructum habet“ l. 12. pr. D. de acquir. vel omitt. poss. 41, 2. Oder: „usus et ususfructus non possidetur, sed magis tenetur“ l. 1. §. 8. D. quod legatorum, 43, 3.

Der Beſitz des Uſus und Uſusfruktus wird faſt auf die nämliche Weiſe erworben, fortgeſetzt und verloren, als der eigentliche Beſitz.[56] Ja, das Interdictum uti possidetis wird dem Fruktuar utiliter gegeben. l. 4. D. uti possidetis.

54) v. Savigny, Beſitz §. 45. S. 446. (4. Aufl.) Arndts, Pand. §. 187. S. 263. (2. Aufl.)

55) Vgl. l. 49. pr. l. 52. pr. D. h. t. 41, 2. l. 6. §. 2. D. de precario, 43, 26.

56) v. Savigny, a. a. O. S. 447.

Ebenſo das Interdictum de vi, l. 3. §. 16. D. h. t. 43, 16.: „ex quacunque causa constitutus est ususfructus vel usus, hoc interdictum locum habebit," cfr. l. 60. pr. D. de usufr. l. 27. D. de donat.

Nach richtiger Anſicht auch das Interdictum de precario.[57]

Alles dies geſchieht nur, weil der Nießbrauch das Ganze der Sache ergreift, und die Detention hinſichtlich des Umfanges dem Beſitze der Sache völlig gleichſteht. Ferner liegen dem Nießbrauche

b. gewiſſe Klagen und Rechtsmittel bei, die eigentlich nur für das Eigenthum gelten; und hierbei zeigt ſich recht deutlich, wie er, gleich dieſem, auf die Totalität der Sache hinzielt. So hat er die aquae pluviae arcendae actio,[58] das interdictum de arboribus caedendis,[59] um Beeinträchtigungen beim Feldbaue oder im Wohnzwecke abzuwehren. Ebenſo hat der Fruktuar die damni infecti cautio,[60] die operis novi nunciatio; ebenſo iſt ein opus novum Grund zur Vindikation ſeines Rechtes.[61]

Zur Ausübung des letzteren kann er ſich die nöthigen Hülfsmittel ſichern oder verſchaffen durch gewiſſe Klagen, z. B. aus dem Teſtament gegen die Erben, wenn er zu ſeinem Nießbrauch z. B. eines Weges oder Zuganges be-

---

57) Derſelbe a. a. O. S. 452. Arndts §. 192. Anm. 1. A. M. Puchta §. 239. Note b.

58) l. 22. pr. D. de aq. pluv. arc. 39, 3. „magis est, utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accommodare." §. 2. eod: „an vero etiam utilis in fructuarium actio ea danda sit, quaesitum est. et magis est, ut detur," cfr. l. 3. §. 4. eod.

59) l. 1. §. 4. D. h. t. 43, 27.: „Non solum autem domino aedium, sed etiam ei, qui usumfructum habet, competit hoc interdictum: quia et ipsius interest, arborem istam non impendere.

60) l. 13. §. 8. D. h. t. 39, 2. „fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. (Ulp.)

61) l. 1. §. 20. D. de O. N. N. 39, 1. cfr. l. 1. §. 4. D. de remissionibus, 43, 25. Arndts §. 330.

darf.[62] Unter Umſtänden ſteht ihm ſogar das Interdictum de itinere zu.[63]

Gegen Beſchädigungen und Gebietsverletzungen kann er ſich durch die actio legis Aquiliae ſchützen,[64] oder die actio de corrupto servo,[65] die actio in factum ob mortuum illatum,[66] actio finium regundorum[67] u. ſ. w. anſtellen.

c. Die aufgezählten Rechtsmittel ſetzen nothwendig Verhältniſſe voraus, wie ſie nur bei einem Nießbrauche mit totalem Umfange denkbar ſind. Wer nur ein einzelnes Durchgangsrecht hat, hat kein Intereſſe, wenn der Wohnzweck oder der Feldbau behindert, die Sache beſchädigt, oder ihre Gränzen beunruhigt werden.

Jene Regeln gelten allgemein für jede Art von Nießbrauch, jeder Nießbrauch muß alſo auch die von ihnen vorausgeſetzte Beſchaffenheit haben.

Der Schutz der Rechtsausübung iſt ſtets eine Hauptfrage. Bei Ertheilung deſſelben muß daher vor Allem der wahre und prinzipmäßige Begriff vorwiegen. Sonſt würde man die unechte Form eines Rechtes ſchützen, die echte und normale vernachläſſigen.

Wenn nun ſo bei den verſchiedenſten Grundlehren durchweg nur eine Form des Nießbrauchs in den Quellen vorkommt, ſo muß man wohl annehmen, daß dieſe auch die einzige und ausſchließliche ſei. Es iſt willkürlich, ihr eine andere und zweite an die Seite zu ſtellen, zumal ſich hierfür nirgends ein ausdrückliches Quellenzeugniß findet.

62) l. 1. §. 2. D. si ususfructus petatur.

63) l. 2. §. 3. D. si servitus vindicetur, 8, 5. cfr. l. unic. §. 4. D. de remiss. 43, 25.

64) l. 11. §. 10. D. h. t. 9, 2.: „an fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat, et ego (Ulp.) puto melius, utile judicium ex hac causa dandam," cfr. l. 12. eod. l. 17. §. 3. D. h. t. 7, 1. l. 13. pr. quod vi aut clam, 43, 24.

65) l. 9. §. 1. D. h. t. 11, 3.

66) l. 46. pr. D. de religios. 11, 7.

67) l. 4. §. 9. D. h. t. 10, 1. cfr. Elvers a. a. O. §. 82.

Es sei nun noch schließlich hier

IV. der Ususfruktus, wie er im Leben und Rechtsverkehr erscheint, in Betracht gezogen.

Hauptsächlich wandte man ihn an, um nach dem Tode gewissen naheſtehenden und verwandten Personen einen sorgenfreien Unterhalt zu sichern. Man wählte hierzu die Form eines dinglichen Rechtes, um sie der Willkür der Erben und dem ungewissen Erfolge obligatorischer Verhältnisse zu entheben.

So hinterließ man Ehefrauen, vielleicht wegen des ihnen fehlenden Erbrechts, einen Nießbrauch am gesammten Vermögen oder an einzelnen Gegenständen, z. B. Wohnhäusern, Salzwerken, Landsitzen, entweder auf Lebenszeit oder bis zu einer bestimmten Frist.[68] Freigelassenen ertheilte man Wohnung, um ihnen bis zu ihrem Tode ein sicheres Obdach zu verschaffen.[69] Eigenthümlich ist der Fall, wo eine Schwester den Nießbrauch an dem Erbtheile ihres Bruders erhält, mit der Auflage, für dessen Erziehung und Verpflegung zu sorgen.[70]

Zwecke der angegebenen Art riefen unzweifelhaft das Institut des Nießbrauches überhaupt ins Leben. Dieselben sind aber nur erreichbar, wenn dieser einen entsprechenden, d. h. ansehnlichen Umfang hat.

V. So führt uns denn das Leben zu demselben Ergebnisse, als die Theorie:

Usus und Ususfruktus ist nothwendig die Anwendung und der Fruchtbezug, welche dem Wesen und der natürlichen Bestimmung einer Sache entsprechen. Machen wir jetzt

B. die Anwendung dieser Prinzipien.

I. Kann also jedwede einzelne Nutzung schlechthin schon Inhalt eines Usus oder Ususfruktus sein?

68) l. 37. l. 32. §. 2. l. 35. D. de usu et usufructu legato.

69) l. 34. pr. D. eod.

70) l. 32. §. 6. D. eod.

Es kommt Nichts auf die Zahl der Befugnisse an, welche diese beiden Rechtsformen etwa in sich vereinigen! Es gilt gleich, ob Eins oder Mehr! die Qualität, nicht die Quantität ist entscheidend. Entspricht die Befugniß der Natur und dem Wesen der Sache? ist einzig und allein die Frage. Die irregulären Servituten sind also grundsätzlich zu verneinen. Eine einzelne Befugniß schlechthin, als solche, genügt noch nicht als Inhalt eines Usus oder Ususfruktus.

II. Nur nebenher, nur unter besonderen Umständen kann sie dies werden: nämlich dann, wenn sie zufällig die Hauptanwendung oder den Haupttrag einer Sache einschließt.

Es ist nicht schlechterdings nöthig, ausdrücklich das Wort: „ususfructus“ bei Bestellung eines Nießbrauchs anzuwenden; es reicht hin, die spezielle Befugniß anzugeben, wenn diese nur den gehörigen Inhalt hat. Und hierfür geben die Quellen mehrfache Beispiele. Javolen bemerkt in l. 41. D. de usu et usufructu leg. 33, 2.:

„Cum ita legatum esset: Fructus annuos fundi Corneliani Publio Maevio do lego, perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si ususfructus fundi similiter (d. h. sich alljährlich wiederholend) esset legatus: quia haec mens fuisse testatoris videatur.“

(l. 2. ex posterioribus Labeonis.)

Die Früchte sind der wesentliche Ertrag eines Grundstückes, und daher als Inhalt eines Nießbrauches geeignet. Denselben Fall behandelt l. 20. D. de usufr. 7, 1. (Ulpianus lib. 18. ad Sabinum). Treffend setzt Gajus den Fruktus und die Dienste eines Sclaven einander gleich, in l. 4. D. de operis servorum 7, 7.: „Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt.“[71] In den operae ist auch der usus des Sclaven vermacht, wie Terentius Clemens, in l. 5. D. eod. bemerkt: „operis servi

71) vgl. Donellus, Comm. X. c. 1.

legatis usum datum intelligi et ego didici et Julianus existimat.“[72]

Aehnlich l. 10. pr. D. de usu et hab. 7, 8.: „Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus quaeritur? et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consentit lib. XVIII. quaest.“

(Ulp. lib. 17. ad Sabinum)

Die Beſchränkung „pene“ bedeutet nur, daß die habitatio weder non utendo, noch durch capitis deminutio untergehe, geht alſo nur auf die Modalität, nicht auf die Subſtanz. Weſentlich iſt der Uſus eines Hauſes mit dem Wohnen darin identiſch.[73]

Alſo der Inhalt iſt maßgebend, wenn das Recht auch nicht direkt in Form eines Uſus hinterlaſſen iſt. Ja, die Form muß dem Inhalte weichen, und ſich nach dieſem berichtigen! So heißt es in l. 10. §. 2. D. eod.:

„sed si sic relictus sit: illi domus ususfructus habitandi causa: utrum habitationem solam an vero et usumfructum habeat videndum? Et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam, quod est verum. Plane, si dixisset testator, usum habitandi causa, non dubitaremus, quin valeret.“

Der Inhalt, das habitare, zeigt hier auf einen Uſus, und dabei bleibt es — trotz der formellen Legirung eines Uſusfruktus.

III. Solche indirekte Beſtellung eines Nießbrauchs hatte im Juſtinianeiſchen Rechte keine Bedenken. Ebenſo war ſie im älteren Rechte unbedingt zuläſſig als Nebenbeſtimmung in einem Mancipations-Teſtament, oder als Vorbehalt bei den civilen Formen der Eigenthumsübertragung, indem bei

72) Es ſteht nicht entgegen l. 1. §. 9. D. ad leg. Falc.

73) Ohne alle Beziehung auf unſere Frage iſt cst. 13. C. de usufr. et habit. 3, 33. cfr. §. 5. Inst. h. t. II, 5., wo die „benignior sententia Marcelli“ recipirt iſt.

diesen die Gültigkeit des Hauptgeschäfts auch die aller Nebenbestandtheile nach sich zog.[74]

Eine selbständige in jure cessio des Nießbrauches hingegen verlangte, kraft ihrer strengen Formalnatur, eine Bestellung mit ausdrücklichen Worten. Im entgegengesetzten Falle entstand kein civilrechtlicher Nießbrauch, sondern griff die Hülfe des Prätor Platz, wenn noch Tradition und Ausübung hinzugekommen war.

Mühlenbruch und Noodt haben bereits auf diesen Punkt aufmerksam gemacht;[75] die von ihnen citirten Stellen freilich ergeben nicht die richtigen Beispiele.

§. 4.

Die irregulären Servituten nach allgemeinen Gesichtspunkten.

Zu den obigen Resultaten gelangen wir auch durch Betrachtungen allgemeinerer Art. Denn

I. klingt es nicht fast widersinnig, wenn, wie nach der entgegengesetzten Ansicht nothwendig anzunehmen ist, als Inhalt eines Nießbrauches sich der winzigste Vortheil einer Sache ebensowohl, als die Gesammtsumme aller ihrer Nutzungen eignet? Es wird ja eben nach jener Ansicht nur schlechthin eine Nutzung erfordert; es kommt Nichts darauf an, eine welche dies sei. Dies heißt aber: das Kraut den Rüben, die „Stoppeln" dem „Aehrenschnitt" gleichsetzen. Das geringfügigste Wegerecht wäre ebensogut Nießbrauch des Grundstücks, als eine Ernte von vielen tausend Wispeln! Unzäh-

74) vgl. Dirksen in Sell's Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des Röm. R. II. 1843. S. 75—76. Gajus II, 33. Vat. fr. §. 45. 47. 51. Dirksen, vermischte Schriften I. S. 110. Vat. fr. §. 50.

75) Ersterer: im Arch. f. civil. Praxis XV. S. 386. Note 11., arg. l. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII, 4. l. 1. §. 2. D. de S. P. R. Letzterer: de usufr. II. c. 2. in Opp. I. p. 392. Probabil. I. c. 3. §. 8.

lige Ususfruktus wären an ein und derselben Sache denkbar. Es ist nicht abzusehen, warum so verschiedene Dinge denselben Namen führen sollen. Oder waren die Römer so wortarm?

Allerdings hat z. B. ein Weiderecht Etwas von Fruchtbezug. Allein der Nießbrauch ist der Fruchtbezug, nicht Etwas Fruchtbezug.

II. Wir würden aber auch durch die entgegengesetzte Ansicht nur um einen völlig unfruchtbaren Begriff bereichert. Denn wollte man nun wirklich die Theorie und praktischen Bestimmungen eines derartigen Nießbrauches construiren, so würde er nothwendig sich in sich selbst wieder in zwei engere Begriffe auflösen müssen.

Der materielle Inhalt ist für die Normirung eines Rechtes von größtem Belang und will berücksichtigt sein. Wie der allgemeine Servitutenbegriff in persönliche und prädiale, und diese wieder in städtische und ländliche Dienstbarkeiten sich spalten, würde jener Nießbrauch sofort in einen totalen und partialen zerfallen. In den wichtigsten Beziehungen würden für beide verschiedene Regeln gelten; die Schutzmittel des eigentlichen Nießbrauchs, wie z. B. Besitz-Interdikte, Schadenersatz-, Gränzscheidungs-Klagen u. s. f., wären auf den irregulären gänzlich unanwendbar, indem bei diesem als dem partiellen weder eine Detention, noch ein Interesse für Erhaltung des Ganzen Statt finden kann.

Der reguläre Nießbrauch wäre theilbar, der irreguläre nicht. Denn bei diesen wäre, wie beim Usus[76] und den Prädialservituten, das eigentliche uti, ire, agere u. s. w., d. h. der Akt selbst das Wesentliche. Jeder Akt aber ist untheilbar, und in ihm das Wesen jener Rechte. Beim regulären Ususfrukt dagegen kommt es nicht auf den Akt, sondern auf den Gegenstand des Aktes, d. h. die Früchte und Erzeugnisse an, und, wie diese theilbar sind, ist es auch das Recht selbst.

---

76) vgl. oben §. 3. S. 32.

Der irreguläre Nießbrauch wäre also ohne alle Verwandschaft mit dem regulären. Beide gehen in ihrer Theorie und ihren Normen weit auseinander. Giebt man auch die Möglichkeit des irregulären zu, so ist es doch nicht der Usus, der Fruktus, auf den die Quellen deuten, nicht der, den Institutionen, Pandekten und Coder erläutern. Es wäre eine völlig andere Servitut: mit dem wahren Usus und Ususfruktus hätte sie Nichts als den Namen gemein.

Man wende nicht ein, daß ein solches Recht, ebenso wie der Nießbrauch, durch Nichtgebrauch erlöschen würde. Diese Form des Unterganges ist dem Nießbrauch nichts Eigenthümliches, sie trifft auch bei den Rusticalservituten zu!

Ebenso bedeutungslos ist es, daß jenes Recht der Ausübung nach verkauft oder verpachtet werden könnte, — auch der Superficiar, Emphyteuta und Pfandgläubiger kann sein Recht veräußern.

Und wenn der Usuar in der Nutzung nicht über sein Bedürfniß hinausgehen darf, so bilden die Prädialservituten das Seitenstück dazu.

Es ist endlich nur ein schwacher Berührungspunkt, wenn der irreguläre Nießbrauch, gleich dem regulären, durch capitis deminutio oder Tod des Berechtigten untergehen würde. Dies wäre nur ein Zusammentreffen in dem unwesentlichen Elemente, und bietet keinen Ersatz für die Verschiedenheit in der Hauptsache.

Alles in Allem hätten wir also in dem regulären und irregulären Ususfrukt einen Begriff, aber zwei Theorien.

Es wären aber auch die irregulären Personalservituten, wie theoretisch unmöglich, so

III. ohne jeden praktischen Werth. Denn

a. um mit den Rechten anzufangen, die gewöhnlich als Realservituten vorkommen, wie wäre ein jus stillicidii oder tigni immittendi ohne ein Gebäude denkbar, dessen Nutzen dadurch bezweckt würde? Dasselbe gilt von dem Inhalte jeder

städtischen Servitut.[77] Wie will man solche Rechte ohne alle Rücksicht auf ein Grundstück bestellen? Sie sind ja überhaupt nur der Grundstücke wegen da. Ebenso bedarf es bei einer Wege- oder Fahr-Gerechtigkeit u. dgl. immer eines festen Ortes, von welchem aus oder nach welchem hin man sich über die fremde Sache hinweg begeben will. Soll blos der Eigenthümer einer solchen Oertlichkeit für seine Person oder ein Miether, Pachter u. s. w. dazu berechtigt sein, so ist der Zweck nur ein ganz vorübergehender, und wozu ist hier ein dingliches Recht nöthig, welches doch immer einen stabilen Charakter trägt? Wie ungewiß ist es, ob nicht der Eigenthümer seine Sache verkaufen oder dem Miether gekündigt werden wird? Ebensowenig wird ein Fruktuar in den meisten Fällen noch ein Wege- oder ähnliches Recht nöthig haben, zumal, wenn das Grundstück schon vorher in derselben Weise bewirthschaftet worden war. Und zeigt sich ein solcher Mangel, so ist er hinreichend durch obligatorische Ansprüche geschützt. So in l. 1. D. de usu et usufr. leg. l. 15. §. 1. eod. l. 39. §. 4. l. 44. §. 9. D. de legatis Io. l. 2. §. 2—3. D. si servit. vind. 8, 5. Oft liegt auch dem Eigenthümer ob, für Abhülfe zu sorgen, l. 1. D. de usu et usufr. leg. l. 56. §. 4. D. de verbor. obl.

Vergebens sucht Cujacius[78] die Nutzbarkeit irregulärer Servituten zu erweisen: „man könne dieselben nicht nur, wie bei einer Grunddienstbarkeit, für ein Grundstück, sondern auch, wenn man mehrere Güter habe, ausüben." Allein wie künstlich ist dieser Fall!

Gewöhnlich giebt man auch zu, daß ein persönliches Trauf- oder Wege-Recht dem Berechtigten selbst ohne ein Grundstück von keinem Nutzen sei, legt aber ein großes Gewicht darauf, daß er es an den Inhaber eines benachbarten

77) Hasse, Rhein. Mus. I. S. 73. Note 3. Hoffmann, Servituten I. S. 198. Zachariä a. a. O. S. 52. A. M. Elvers a. a. O. S. 200.

78) Resp. Papin. II. ad l. 4. D. de serv. praed. rust. 8, 3.

Grundſtücks veräußern und ſo indirekt nutzen könne. Aber dies würde den Rechtsverkehr nicht vereinfachen, ſondern erſchweren. Warum eine Servitut einführen, die nur da wäre, um verkauft zu werden, und an ſich ſelbſt keinen Werth hätte?

Zu einem ſolchen Rechte würden ſich auch nur wenige Käufer finden: nur die Nachbarn des dienenden Grundſtücks. Der Eigenthümer, der jenen Nießbrauch beſtellt, kann ſchon ganz beſtimmt wiſſen, welcher Nachbar der Käufer ſein wird. Will alſo einmal dieſer kaufen, jener ſein Eigenthum belaſten, warum ſchließen ſie nicht direkt unter ſich den Vertrag? Wozu der Umweg, erſt noch einem Dritten einen Nießbrauch zu beſtellen? Zudem würde in dieſem Falle der Käufer nur eine Forderung gegen den Fruktuar erhalten. Beliebte es dem Eigenthümer, ihm hinderlich zu werden, ſo könnte er nicht einmal direkt die Confeſſoria anſtellen. Im Uebrigen würde er die Servitut nur ſo lange ausüben können, als ſie dem Fruktuar ſelbſt zuſteht, und er müßte z. B. nach deſſen Tode ſich doch an den Eigenthümer wenden, wenn er die Nutzung fortſetzen wollte.

Endlich könnte das Recht des Fruktuars ſelbſt gänzlich vereitelt werden, wenn ſich die Nachbaren mit dem Eigenthümer verſtändigten, daſſelbe nicht kaufen zu wollen.

Wir hatten bisher namentlich Rechte vor Augen, die ſonſt gewöhnlich als Grunddienſtbarkeiten erſcheinen. Aber auch die Befugniſſe, die lediglich zur Bequemlichkeit einer Perſon dienen, z. B. ſpazieren zu gehen u. dgl., können wohl ſchwerlich die Nützlichkeit irregulärer Servituten erhärten.

b. Die Gerechtſame nun endlich, die auf Erzeugniſſe einer fremden Sache gehen, z. B. auf Steine, Getreide, Metalle u. ſ. f., können allerdings ſchon der Perſon allein von Nutzen ſein, beſonders, wenn noch der Verkauf derſelben geſtattet iſt. Ergreifen ſie die ganze Sache, ſo bilden ſie einen ordentlichen Uſusfrukt. Erſtrecken ſie ſich nur auf eine beſtimmte Quantität, ſo haben ſie einmal in mehrfacher Hin-

sicht den Charakter eines Kaufes, und dann aber gewichtige ökonomische Gründe gegen sich. Der größte Ertrag eines Grundstücks wird nämlich erreicht, wenn die Bewirthschaftung sich in einer Hand vereinigt. Wie lästig und beschwerlich ist es, wenn auf demselben Grundstücke Mehrere, jeder auf eigene Hand, graben, pflügen, bauen, suchen und so vieles Andere vornehmen dürfen?

Wenn man heute das Eigenthum zu entlasten sucht, so ist es gewiß nicht an der Zeit, eine neue Klasse der beschwerlichsten Servituten einzuführen.

Allen Anforderungen des praktischen Bedürfnisses wird vielmehr in derartigen Fällen schon auf dem Wege obligatorischer Verhältnisse ausreichend begegnet. Der Gesetzgeber darf nicht um vereinzelter Fälle willen tief in der Natur der Sache begründete Prinzipien verlassen. Man muß hierbei stets das Wort des Theophrastus befolgen: „Jura constitui oportet in his, quae *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*, i. e. ut plurimum accidunt, non quae *ἐκ παραλόγου*, i. e. ex inopinato“ (cfr. l. 3. D. de legibus senatusque cons. I, 3.) und ebenso das des Celsus: „ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.“ l. 5. D. eod.

Die irregulären Servituten sind demnach ohne praktischen Werth, theoretisch unmöglich, ihrem Begriffe nach widersinnig, und mit den Prinzipien des Usus und Ususfruktus unvereinbar. Dies ist das Endresultat unserer obigen Darstellung.

In unserer Frage liegt aber noch ein tieferes Problem. Wir haben bisher nur eine Seite desselben erörtert.

Wie die Geschichte unserer Frage bezeugt, trugen sich die Gelehrten mit der Idee einer Servitut, die, mit einer einzelnen Nutzung als ausschließlichem Inhalt, ohne alle Rücksicht auf ein benachbartes Grundstück, ein-

zig und allein mit der Person des Berechtigten steht und fällt.

Hieraus entstand die weitere Frage, welcher Klasse von Servituten dieselbe beizuzählen?

Man antwortete mit einer neuen Form von Personalservituten. Diesen Ausweg mußten wir oben verwerfen. Ebenso ist eine solche Servitut als Usus oder Ususfruktus unzulässig. Geist und Inhalt der letzteren verbieten dies. Es bliebe nun noch der dritte Weg, sie als Prädialservitut zu realisiren. Des Gemeinsamen und Verwandten findet sich hier viel. Beide Servituten hätten einen gleichartigen Gegenstand, beide dieselbe Intentio der confessorischen Klage, dieselbe Form des Besitzes und Besitzschutzes, beide wären gleich theilbar, kurz, sie hätten dieselbe Natur, denselben Gehalt.

Allein der einen fehlt die reale Beziehung auf ein benachbartes Grundstück. In dieser liegt aber der Anfang und das Ende aller Prädialservituten. Hiernach bestimmen sich ihre Voraussetzungen, ihre Gränzen, ihre Dauer, ihre ganze Theorie; hier ist auch ihre Scheidewand von jenem Problem.

Soll eine einzelne Nutzung überhaupt Servitut werden, so ist sie nur denkbar als Realservitut. Soll sich jenes Problem überhaupt verwirklichen, so ist es nur möglich als Realservitut mit personaler Modifikation. —

Der prinzipiellen Erledigung unserer Frage haben wir Nichts mehr hinzuzufügen. Die hier aufgestellten Grundsätze sind als absolut bindende Regel festzuhalten.

Ein Widerspruch vereinzelter Stellen kann in Wahrheit gar nicht existiren. In denselben können nicht einmal Ausnahmefälle statuirt werden. Denn es handelt sich hier um Begriffe. Begriffe aber sind unabänderlich, dulden keine Ausnahme. Gajus libr. 7. ad Edictum Provinc. l. 2. §. 1. D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, 7, 5.

§. 5.

Entſcheidung der Frage nach einzelnen Stellen.

Die Geſetze, die den ganzen Streit über die irregulären Servituten veranlaßten, ſind, wie bereits angedeutet, folgende:

I. l. 32. D. de usufructu, 7, 1.

II. l. 4—6. D. de serv. praed. rust., 8, 3.

III. l. 37. D. eodem.

IV. l. 6. D. de servitute leg., 33, 3.

V. l. 14. §. 3. D. de alim. leg., 34, 1.

VI. l. 1. §. 11—12. D. de aq. cot., 43, 20. l. 1. D. de usu et usufr. leg., 33, 2.

I. l. 32. cit.

Pomponius libro 33. ad Sabinum.

„Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit: excipere potest id, quod personae, non praedii est: veluti usum et usumfructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio: cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione usus videtur exceptus."

Unzweifelhaft iſt in dieſer Stelle von dem vorbehaltenen Weide- und Wohn-Rechte als von perſönlichen Servituten die Rede. Das Wort „excipere" bedeutet nach dem feſten Sprachgebrauche der Römer:[79] ſich bei Eigenthumsübertragungen an der Sache noch ein dingliches Recht vorbehalten. Zudem braucht die Stelle ſelbſt für die reſervirten Rechte ausdrücklich die Worte „fructus" und „usus," (cum . . . „fructus" perciperetur — „usus" videtur exceptus). Auch liegt es im Titel de usufructu gewiß nahe, vor Allem an Perſonalſervituten zu denken.

Wenn die Gloſſe einwendet, daß die habitatio eine

79) Brissonius v. excipere p. 300. ed. Lips. 1721. Dirksen, Manuale h. v. cfr. l. 22. D. de condict. indeb. 12, 6. l. 13. §. si venditor, l. 21. §. qui domin. D. de A. E. l. 20. D. si serv. vind.

eigene Servitut bilde, und daher auch in unſerer Stelle nicht als ein wirklicher Uſus, ſondern nur als eine Obligation gemeint ſein könne — ſo iſt dies ſehr äußerlich, und wird dabei ſowohl die ältere Geſtalt der habitatio, als namentlich die l. 10. pr. D. de usu et habit. 7, 8. überſehen, wonach Uſus und habitatio weſentlich identiſch ſind.

Auch iſt es ganz willkürlich, wenn die Gloſſe annimmt, daß ein Weiderecht immer nur als Prädialſervitut möglich ſei.

In unſerem Sinne hat ſchon der Anteceſſor Stephanus dieſe Stelle aufgefaßt.[80]

Wie ſtimmt aber dieſelbe mit den oben entwickelten Begriffen des Uſus und Uſusfruktus?

Die habitatio iſt die hauptſächlichſte Nutzung des Hauſes, in ihr geht der Uſus des letzteren auf.

Allein iſt ein bloßes Weiderecht immer der Hauptertrag eines Grundſtücks? Pomponius ſagt auch nicht: daß ein Weiderecht immer Gegenſtand eines Nießbrauchs ſein könne; nur in einzelnen Fällen finde dies Statt, nämlich, wenn der ganze Fruktus ſchon in der Weide enthalten ſei, wie z. B. dies bei vielen wüſten Schluchten geſchähe.

Der Gedankengang der Stelle iſt alſo der: Bei einer Eigenthumsübertragung kann man ſich an dinglichen Rechten nur einen Uſus oder Uſusfruktus vorbehalten. Hierbei iſt es aber völlig gleichgültig, in welcher Form dies geſchehe, ob mit den ausdrücklichen Worten usus und ususfructus, oder indirekt, indem man ſich den weſentlichen Gehalt, d. h. die Hauptnutzung, den Hauptertrag der Sache, in unſerm Falle die habitatio und die pastio, zurückbehält.

Dem entſpricht auch vollkommen die Wendung: valet exceptio, die auf eine Gültigkeit in formeller Beziehung hindeutet.

Unſere Stelle reiht ſich alſo durchaus den oben in §. 3. S. 43. aufgeführten an.

---

80) ſ. das von Zachariä a. a. O. abgedruckte Scholion S. 24—25.

Die Schlußworte endlich: usus videtur exceptus erinnern lebhaft an das „usum datum intelligi“ in l. 5. D. de operis servor., 7, 7. oder das „perinde accipiendum ac si ususfructus esset legatus“ in l. 41. D. de usu et usufr. leg., 33, 2.

Richtig hat man bemerkt, daß in unſerer Stelle einzelne Nutzungen als Perſonalſervitut erſcheinen. Hätte man nur auch berückſichtigt, von welcher Qualität dieſelbigen ſeien.

II. l. 4—6. D. de servit. praed. rust., 8, 3.

Wir behandeln zunächſt die l. 6., und die l. 5. nur ſoweit, als ſie zu deren Verſtändniß nöthig iſt.

l. 5. §. 1. Ulp. lib. 17. ad Edictum.

— — Sed ipse (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit,

l. 6. Paulus lib. 15. ad Plautium.

Veluti, si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur; aut ut dolia fiant vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent, figulinae exercerentur, ususfructus erit. §. 1. item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae et lapidis eximendi et arenae fodiendae, aedificandi ejus gratia, quod in fundo est. Item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. Quid ergo? si praediorum meliorem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat e. q. s.“

Man ſieht, die lex 6. hängt nur ſehr locker mit der lex 5. zuſammen. Sie hatte wohl urſprünglich einen etwas andern Sinn. Dieſen zu errathen, iſt nicht ſchwer.

Gegen das Ende der Stelle zeigt ſich ziemlich klar, daß es unter den alten Juriſten ſtrittig war, ob Gerechtſame auf gewiſſe Produkte einer fremden Sache, z. B. auf Sand, Steine oder Kalk, als Prädialſervituten zuläſſig ſeien.

Paulus bejaht dies, ſofern nur dadurch das Grundſtück verbeſſert würde und beruft ſich hierbei auf Mäcian. (Quid ergo? non est dubitandum, quin servitutis[81] sit, et hoc et Maecianus probat.)

Wie es ſcheint, ſuchten die Vertheidiger der entgegengeſetzten Meinung geltend zu machen, daß derlei Servituten ſehr nahe an einen Uſusfruktus ſtreifen würden, der jene Mineralien zum Inhalt hätte. Denn wozu behauptet ſonſt Paulus ſo nachdrücklich, daß ſolche Servituten dennoch von einem Uſusfruktus ſehr verſchieden ſeien? („Longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae.“) So zieht er eine feſte Gränze zwiſchen beide Klaſſen: im Charakter der Servitut (servitutis est) liege die Beſchränkung auf den Bedarf des herrſchenden Grundſtücks, im Charakter des Uſusfrukt dagegen (ususfructus (Genitiv) erit) ein unbedingtes Verkaufsrecht.

Nichts Anderes, als dieſen Unterſchied ſoll nun die Stelle verdeutlichen. Sie ſetzt daher auch nur ganz allgemein einen Uſusfruktus voraus (longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae), der auf irgend eine Weiſe jene Produkte zum Gegenſtande hat. Es iſt gar nicht geſagt, daß dieſe der ausſchließliche Gegenſtand ſein müßten. Es wird ebenſowenig bemerkt, woran jener Nießbrauch ſtattfinde? Das Einfachſte iſt gewiß, an einen ſelbſtändigen Wald („silva caedua“), oder an ein ſelbſtändiges Grubenwerk zu denken. Aber ebenſogut könnte auch ein größeres Grundſtück

81) Der Genitiv: „servitutis“ iſt mit der Florentina gegen die Vulgata: „servitus“ feſtzuhalten. Paulus unterſucht ja eben, ob jene Gerechtſamen mit dem Begriffe der Prädialſervituten überhaupt verträglich, als Gegenſtand derſelben zuläſſig ſeien; und dies drückt der Genitiv aus. Ebenſo behält Noodt, Obs. I. c. 17. p. 264. (ed. Lugd. Bat. 1760.) die Florentina bei und citirt den Vers aus epist. 3. des Aulus Sabinus:

Sed non est rationis amor. te consule, nympha
Laesa est: et laesam scribis amare tamen.

Aehnlich heißt es in l. ult. D. de condictione causa data, causa non secuta, 12, 4. „utrum id contractus genus emptionis venditionis est pro portione.“

in Betracht kommen, von dem der Wald oder die Grube nur einen Theil bildet. Hier handelt es sich dann um einen Nießbrauch nicht dieses Theiles, sondern des Grundstückes selbst, des „fundus," nicht der lapidicina." Diesen Fall bespricht l. 9. pr. §. 1—3. D. de usufr. 7, 1. Ein solcher Nießbrauch umfaßt dann alle Erträgnisse der Aecker, Wiesen, Gärten, und unter Andern auch die der Grube oder des Waldes. Wer blos das Recht an der Grube hat, hat noch nicht das Recht an dem Grundstücke.

Die Stelle vereinigt sich also sehr leicht mit den oben aufgestellten Grundsätzen. Sie zeigt nur den Unterschied, wenn vermöge einer Personal- und einer Realservitut ein Fruchtbezug zusteht. Freilich erscheint eine einzelne Nutzung hier als Nießbrauch. Aber entweder ist sie wieder der Hauptertrag der Sache, wie bei einer selbständigen Grube, oder nicht der ausschließliche Inhalt des Rechtes, wie bei einem Grundstücke mit einer Grube als Theil.[82]

Man hat nun ferner die l. 5. D. eod. mit unserer Frage in Verbindung gesetzt. Der §. 1. derselben lautet:

„Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait" (Ulp. lib. 17. ad Edict.).

Auf den ersten Anblick scheint hier die Möglichkeit irregulärer Personalservituten auf das Bestimmteste geleugnet zu

---

82) Hinsichtlich der Literatur dieser Stelle hat Noodt, Probabil. I. c. 3. nr. 9. p. 8. (to. I.) den ursprünglichen Zusammenhang im Ganzen treffend herzustellen versucht; danach aber den gegenwärtigen Text umzugestalten, ist ihm selber wohl nie in den Sinn gekommen.

Im Uebrigen s. Schulting-Smallenburg, Notae ad Dig. ad h. l. und Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 27. (Note 35.), der auch die Glosse erschöpfend widerlegt.

werden, indem ein Recht, auf fremdem Boden Vieh zu tränken oder Steine zu brechen, nur in Form von Realservituten bestellt werden könnte (non posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat"). Allein dem steht entgegen, daß ein Steinbruch unzweifelhaft Gegenstand eines Nießbrauches sein kann.

Man hat nun in entgegengesetzter Weise die Worte: „non posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat" dahin erklärt: Wenn jene Rechte als Realservituten bestellt würden, so sei ein benachbartes Grundstück nöthig.

Aber wozu hätte sich dann, bei einem so allbekannten Satze, Neratius noch auf die Autorität des Proculus und Atilicinus zu berufen?

Die Sache wird sich vielmehr so verhalten:

Es begegnet uns hier derselbe Streit als in l. 6. Beiden Stellen liegen die Bücher des Plautius zu Grunde. Beide handeln offenbar von Bedenken der Sabinianer, Rechte der oben angegebenen Art, wegen ihrer Aehnlichkeit mit dem Nießbrauch, als Prädialservituten zuzulassen. Paulus hatte in l. 6. eine Gränze gezogen zwischen einem ususfructus und einer servitus auf Mineralien; bei dem ersteren sei der Verkauf dieser Produkte gestattet, bei der letzteren nicht. In ähnlicher Weise stellt nun Neratius in l. 5. noch einen anderen Unterschied auf: zu einem Usufrukt bedarf es keines herrschenden Grundstücks; wohl aber sei ein solches zu einer Servitut erforderlich; eine Servitut an den Steinen oder dem Kalke eines fremden Bodens sei ohne benachbartes Grundstück unmöglich. Keinen anderen Sinn haben die Worte: „nec cretae eximendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat." Das praedium vicinum begründet also hier die Verschiedenheit, und darauf hatte vor Neratius schon Proculus und Atilicinus aufmerksam gemacht. Ein dem Neratius eigenthümlicher Grund wird uns dagegen am Ende der l. 5. überliefert: Man habe gar nicht mit den Sabinianern zu befürchten, daß eine Realservitut auf Kalk oder Steine

mit dem entſprechenden Uſusfrukt zuſammenfallen würde. Denn geſetzt, man könnte eine ſolche Servitut beſtellen, ſo darf ſie doch niemals über den Bedarf des herrſchenden Grundſtücks hinausgehen.[83] In dem Umfange des Rechtes liegt alſo ein fernerer Unterſchied, und damit kommt Neratius auf denſelben Punkt zu ſprechen, als Paulus in l. 6. So konnte man wohl beide Stellen mit einander verknüpfen.

Demnach iſt die l. 5. völlig unerheblich für unſere Frage; aus ihr ergiebt ſich weder Etwas für, noch gegen die irregulären Servituten. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 29.

Schließlich ſei noch bemerkt: die Anfangsworte des §. 1. „nec haustum pecoris nec appulsum nec cretae eximendae jus posse in alieno esse, nisi praedium vicinum habeat“ ſind comparativiſch zu verſtehen. Eine Servitut auf Kalk erfordert ebenſogut ein benachbartes Grundſtück als der haustus und appulsus pecoris.

l. 4. cit. lautet:

Papinianus lib. 2. Resp.

„Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus.“

Von größtem Gewicht ſind in dieſer Stelle die Worte: personae videtur. Was iſt alſo ihre Bedeutung?

Papinian ſagt: Unter gewiſſen Umſtänden iſt eine Weideſervitut vorwiegend oder regelmäßig auf ein Grundſtück zu beziehen. Ausnahmsweiſe jedoch hat ſie, und zwar unter

83) „Sed ipse Neratius dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.“ l. 5. §. 1. in f. cit. In den Worten: „ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit“ tritt recht deutlich der Streit der alten Juriſten hervor, ob jene Realſervituten möglich ſeien oder nicht.

denſelben Umſtänden, eine Beziehung auf eine Perſon, — und einen Fall der letzteren Art enthält der zweite Theil unſerer Stelle.

Es iſt nun klar: Kennen wir das Charakteriſtiſche dieſes Falles, ſo kennen wir auch die Bedeutung jener Worte; die Servitut, von der dieſer Fall handelt, iſt eine, die auf eine Perſon Beziehung hat, personae videtur.

Dieſelbe hat aber dies Eigenthümliche, daß ſie nur einer beſtimmten Perſon geleiſtet wird („praestari"). Was heißt nun servitutem praestare, eine Servitut leiſten?

Praestare iſt offenbar etwas Anderes, als constituere, imponere, cedere servitutem. Möglicherweiſe kann eine Servitut auf immer conſtituirt, und doch nur eine Zeit lang zu präſtiren ſein. Das praestare geht auf das Faktiſche der Servituten, iſt Geſtattung einer Einwirkung, welche ſonſt Erfolg einer Servitut iſt. Es kann auch wirklich das Recht ſelbſt conſtituirt ſein, dann heißt praestare servitutem: die Ausübung der Servitut gewähren. Ein Beiſpiel hierfür giebt l. 20. D. de serv. praed. rust., 8, 3.:

„Si et ducere per tuum fundum aquam jure potuero et in eo tibi aedificare invito me jus non fuerit; si tibi concessero jus esse aedificare, nihilominus hanc servitutem aquae ducendae mihi praestare debebis."

Offenbar iſt hier das Recht der Servitut, der aquaeductus, bereits beſtellt. Die Ausübung deſſelben darf nur nicht durch die Bauten auf dem dienenden Grundſtücke geſchmälert werden. Daher heißt es: „non aliter aedificari potest, quam ut ductus aquae maneat et ut non ab utendo impediar."

Aber auch, ohne daß überhaupt das Recht der Servitut beſtellt wäre, iſt ein „praestare servitutem" denkbar. Es iſt dann nur die rein obligatoriſche Leiſtung eines Vortheils, der ſeiner äußeren Erſcheinung nach einer eigentlichen Servitut gleichſteht. Das Wort „servitus" iſt hier im uneigentlichen Sinne gebraucht für das dem Effekt nach der Servitut Aehnliche.

So heißt es in l. 1. §. 4. D. si ususfr. pet., 7, 6.: „An et alias utilitates et servitutes (sc. quam iter, viam) usufructuario heres praestare debeat, puta luminum et aquarum, an vero non?“ Oder in l. 15. §. 1. D. de usu et usufr. leg., 33, 2.: „quaero, an — fructuario servitus debeatur? Respondit: si in hereditate fundus est, per quem fructuario potest praestari via, — non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario praestet.“

Das „praestare, debere servitutem“ iſt hier lediglich eine obligatoriſche Leiſtung an den Fruktuar. Eine wirkliche Servitut kann dieſem nie zuſtehen, höchſtens hat er die Ausübung einer Servitut, die dem im Nießbrauch befindlichen Grundſtücke zuſteht, ein Fall, der in den angeführten Stellen nicht einmal vorliegt.

Häufig ſind endlich Wendungen, wie: „iter, viam, aquam, aditum praestare“ und beziehen ſich ebenfalls auf eine Obligation, z. B. in l. 44. §. 9. de legatis I°. l. 1. D. de usu et usufr. leg. l. 12. pr. D. de annuis legatis („praestari autem volo ..... annua harundinis millia trecena“) l. 41. pr. D. de serv. praed. urb. l. 2. §. 2. D. si serv. vind., 8, 5. Verwechſelungen mit einem wirklichen Servitutenverhältniſſe waren hier möglich, und daher bemerkt Ulpian in l. 2. §. 2. D. cit. 8, 5.: „sciendum est, iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem: neque enim potest soli fructuario servitus deberi, sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.“

Dem Wortſinne des „praestare servitutem“ zufolge handelt es ſich alſo im zweiten Theile unſerer Stelle um das Faktiſche einer Prädialſervitut. Nicht das Mindeſte deutet darin auf einen Uſus oder Uſusfruktus. Dem Berechtigten wird nur für ſeine Perſon die Ausübung einer Prädialſervitut eingeräumt. Hierin liegt zugleich die Erklärung der Worte: personae videtur, d. h. jener perſönlichen Beziehung, von der die zweite Hälfte der Stelle eben das Beiſpiel

enthält. Entsprechend ist nun auch die Wendung: „praedii videtur“ zu erklären.

Der Sinn unserer Stelle ist mithin der: Es ist eine Weide- und Triftservitut bestellt („pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi,“ das Wort servitutes ist hier im eigentlichen Sinne zu nehmen). Wenn nun der Ertrag des herrschenden Grundstücks wesentlich in der Viehzucht besteht, so muß man zunächst (magis) annehmen, daß auch die Ausübung jener Servituten dauernd mit dem Grundstücke verknüpft sei. Ausnahmsweise kann jedoch dieselbe blos auf eine bestimmte Person beschränkt sein, wenn nur der Wille des Testators darauf gerichtet ist.

Diese Interpretation bestätigt sich auch bei folgender Erwägung.

Eine Servitut bezieht sich in unserer Stelle bald auf eine Sache, bald auf eine Person. Die Servitut ist in beiden Fällen eine und dieselbe. Es handelt sich also um einen Gegensatz nicht ihres Wesens, sondern ihrer Modalität und Beziehung. Es kann somit nicht die Frage sein, ob sie Prädial- oder Personalservitut ist. Dies würde ihr Wesen betreffen.

Ein anderer Punkt. Die Worte: personae videtur gehen auf die Dauer der Servitut. Es ist also der Gegensatz: ob die Servitut die Dauer der Sache oder der Person habe. Hierbei kann es sich aber selbstverständlich nur um die Ausübung, nicht das Recht einer Prädialservitut handeln, da dieses nothwendig immer in rem ist. Ebenso kann es nicht auf das genus der Servitut ankommen, da es sich nur um einen Gegensatz der Dauer dreht.

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die lex 4. ein Bruchstück aus einer größeren Erörterung ist. Im Verlaufe derselben hatte Papinian gewiß den eigentlichen Streitpunkt: ob die Ausübung an der Sache oder der Person hafte, deutlich genug bezeichnet, daß er unbedenklich sich der kurzen Wendung: magis praedii, quam personae videtur, bedienen konnte.

Gegenwärtig iſt der urſprüngliche Sinn dieſer Worte nur aus dem zweiten Theile unſerer Stelle erkennbar.

Die Form einer Realſervitut mit perſonaler Ausübung endlich war den römiſchen Juriſten ſehr geläufig. Vor Allem gehört hierher l. 56. §. 4. D. de V. Obl.: „heres ejus, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, jus eundi haberet, pacti conventi exceptione summovebitur.“ (Julianus lib. 52. Dig.)

Bezeichnend iſt auch l. 36. D. de serv. praed. rust., 8, 3.:

„Si cui servitus constituta sit et stipulatio poenalis in ejus unius duntaxat personam, si ei forte servitute frui non licuisset, relata sit, tamen nihilominus ad emptorem servitutem transire eumque exceptione non submoveri.“

(Paulus lib. 2. Resp.)

Es iſt ferner lediglich von einer Grunddienſtbarkeit mit modifizirter Ausübung zu verſtehen, wenn Paulus in l. 12. D. de annuis legatis bezüglich eines dort mitgetheilten Legates bemerkt, daß in Folge deſſelben „servitutem jure constitutam non videri neque in personam, neque in rem.“

Das Legat lautet wörtlich: „Praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia.“

Wie kann man hier an einen Uſus oder Uſusfruktus denken! Es wird ja nicht einer Perſon, ſondern einem Grundſtücke (praediis Lutatianis) legirt. Es kann nur von einer Realſervitut die Rede ſein. Der Beiſatz „annua“ bedeutet blos eine perſönliche Dauer der Ausübung; nur auf Lebzeiten des Inhabers jenes Grundſtückes kann das Recht geltend gemacht werden. Es folgt zwar keine vollſtändige Servitut, aber doch noch immer eine Servitut — aus den Worten des Legates an ſich.

Allein mit großem Nachdruck iſt gleich an der Spitze der Stelle bemerkt: daß das herrſchende und dienende Grundſtück in verſchiedenen Bezirken liegen, Gajus Sejus praedia diversis pagis Meviae et Sejae legavit. Es iſt alſo nicht einmal eine Servitut mit perſönlicher Ausübung beſtellt. Denn es fehlt an dem nothwendigen Erforderniß der Vicinität. Daher kommt Paulus zu dem Reſultat: eine Servitut iſt nicht beſtellt, weder mit perſönlicher noch mit ſächlicher Beziehung.[84] Dies bedeuten die Worte „in personam“ und „in rem,“ vgl. l. 37. D. h. t. 8, 3. l. 47. 49. D. de C. E.

Es iſt nun ſchließlich noch einem Einwurfe zu begegnen. Die Worte: servitus . . . personae videtur verſtehen wir in unſerer Stelle von einer Realſervitut mit perſonaler Ausübung. Man behauptet nun auf das Entſchiedenſte, daß jene Worte niemals dieſe Bedeutung hätten, ſondern nothwendig immer einen Uſus oder Uſusfruktus bezeichnen müßten.[85] Das wäre begründet, wenn der Ausdruck: personae esse das Weſen dieſer beiden Servituten bedeutete. Allein das Eigenthümliche derſelben liegt in den Worten Uſus und Uſusfruktus ausgeſprochen. Höchſt ſelten brauchen die Quellen ſtatt deſſen den Ausdruck servitus, und wo dies geſchieht, handelt es ſich nicht um den Uſus und Fruktus an ſich, ſondern in ihrem Gegenſatze zu den Prädialſervituten. So heißt es in l. 25. pr. D. de Verb. Signif. „usus fructus non dominii pars est, sed servitutis (Haloander: servitus, wie in l. 6. D. de serv. pr. rust., 8, 3.) est, ut via et iter.“ Oder in l. 1. §. 9. D. ad legem Falc., 35, 2. „Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut caeterae servitutes individuae sunt.“ Papinian ſagt in fr. 66. §. 6. D. de legat. II. „fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab

84) So erklärt auch Cujacius, Observ. 24. c. 22. (anders zu l. 4. D. cit. 8, 3.), Noodt, Probabil. I. c. 3. nr. 11., Schulting-Smallenburg zu l. 12. D. de annuis leg.

85) z. B. Zachariä a. a. O. S. 28.

herede ..... non idem placuit de caeteris servitutibus.“ In l. 6. §. 4. D. si servitus vind., 8, 5. berichtet Ulpianus: „Papinianus lib. 3. quaest. ait singulos dominos aedium in solidum agere, sicut de caeteris servitutibus, excepto usufructu.“ Endlich iſt hierher zu ziehen l. 57. pr. D. de usufr., 7, 1. „Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit.“

Das Wort „servitus“ ſteht alſo dem Uſus und Uſusfruktus fern, und findet vielmehr ſeine eigentliche Stelle bei den Prädialſervituten. Deutlich erhellt dieſe ſeine eigenthümliche Bedeutung aus Gajus, Epitome II, 1. §. 3., wo es heißt: „Haec jura tam rusticorum, quam urbanorum praediorum servitutes appellantur,“ wie wenn keinem anderen dinglichen Rechte der Name „servitus“ zukäme.[86] Ebenſo wird der Uſus und Uſusfruktus durchweg von den „Servitutes,“ gleichſam als etwas weſentlich Verſchiedenes abgeſondert. Die Inſtitutionen handeln nämlich in lib. II. tit. 3. „de servitutibus praediorum,“ tit. 4. „de usufructu,“ tit. 5. „de usu et habitatione;“ die Digeſten lib. VII. „de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur,“ lib. VIII. „de servitutibus.“ Dieſelbe Sonderung findet ſich in lib. XXXIII., tit. 2. „de usu et usufructu legato“ und in tit. 3. „de servitute legata.“ Ebenſo im Codex lib. III., tit. 33. „de usufructu e. q. s.“ und tit. 34. „de servitutibus.“

Als ſich der Begriff: servitus, allmählig generaliſirte, ſo daß Julian (l. 86. §. 4. D. de legat. I°.) ihn ſogar auf die Superficies anwenden konnte, war es ganz natürlich, daß man die nunmehr darunter begriffenen Klaſſen von Rechten, die doch unter ſich weſentlich verſchieden waren, auseinanderzuhalten ſuchte, und zu dem Zwecke dem allgemeinen Begriffe servitus gewiſſe äußere Merkmale beizufügen anfing.

86) cfr. §. 3. Inst. de reb. corp. II, 2. l. 1. §. 1. D. de divis. rer., 1, 8.

Hierbei fiel es aber ſogleich in die Augen, daß der Uſus und Uſusfruktus an der Perſon, die Grunddienſtbarkeiten aber an der Sache haften.[87] Dieſen Gegenſatz benutzte man nun zu einem Unterſchiede der Klaſſen ſelbſt: man theilte in servitutes personarum und servitutes rerum, in jus hominis und jus praedii. Doch geſchah dies nur, wenn man beide Klaſſen einander gegenüberſtellte. Beſonders ſcheint ſich Pomponius in dieſem Gegenſatze gefallen zu haben.[88]

Der Ausdruck: servitus personae est geht alſo nicht auf das Weſen des Uſus und Uſusfruktus; er bildet nur ein äußeres Merkmal, um letztere gegenüber den Grunddienſtbarkeiten zu bezeichnen. Die Worte: usus und ususfructus gehen immer nothwendig auf einen Uſus und Uſusfruktus, der Ausdruck personae esse kann ſich auch auf etwas Anderes beziehen, iſt nicht jenen Rechten eigenthümlich.

So heißt es ganz dürr in l. 3. §. ult. D. quib. mod. ususfr. am., 7, 4.: jus fruendi morte exstinguitur, sicut si quid aliud, quod personae cohaeret.

In der That findet ſich in den Quellen der Gegenſatz zwiſchen praedium und persona in den mannichfachſten Beziehungen, und insbeſondere für Alles, was nur irgendwie die Dauer einer Perſon hat oder nicht. Von der aqua ex

---

87) cfr. die Stellen bei Brissonius v. persona.

88) So ſagt er in l. 20. §. 3. D. h. t. 8, 3: hauriendi jus non hominis, sed praedii est — in l. 15. D. de servit., 8, 1.: quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt — in l. 32. D. de usufr., 7, 1.: potest excipere id, quod personae, non praedii est, velut usum et usumfructum. Aehnlich in l. 8. §. 3. D. de liberat. leg., 34, 3. (libro 6. ad Sabin.): quotiens enim cohaeret personae id, quod legatur, velut personalis servitus, ad heredem ejus non transit. „personalis servitus" heißt hier nicht eine Uſus oder Uſusfruktus, ſondern eine Realſervitut mit perſonaler Ausübung. Aehnlich Marcian in l. 1. D. h. t. 8, 1.: servitutes aut personarum sunt, aut rerum.

Ueber l. 12. D. de annuis leg. ſ. oben, über l. 37. D. de servit. praed. rust. l. 21. D. de usu et habit. l. 14. §. 3. D. de alim. leg. ſ. unten.

castello ſagt z. B. Ulpian in l. 1. §. 43. D. de aq. cot., 43, 20. „interdum praediis, interdum personis datur. quod praediis datur, extincta persona non exstinguitur. quod datur personis, cum personis amittitur. ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit.“

Es iſt hier ein und dieſelbe aqua, die dennoch eine ſächliche und perſönliche Beziehung haben kann. Aehnlich ſagt l. 196. D. de divers. reg. jur. von den Privilegien: „quaedam causae sunt, quaedam personae, quae ad heredem non transeunt“ und ſo in unzähligen Beiſpielen.

Der Ausdruck: personae esse wird von Privilegien, öffentlichen Conceſſionen, Obligationen, Liberationen, Perſonalſervituten u. ſ. w. gebraucht. Man wird ihn alſo auch auf Realſervituten anwenden können. Die Bezeichnung: servitus personae hatte ſich bei den Römern noch nicht zu einem feſten Kunſtworte geſtaltet, wie heute.

Was ſchließlich die Literatur unſerer Stelle anlangt, ſo iſt uns ein Scholion des Anteceſſor Stephan zu l. 32. D. de usufr. 7, 1. erhalten,[89] deſſen Schlußworte ſich auch auf unſere l. 4. erſtrecken und im Ganzen die obige Interpretation beſtätigen. Es heißt nämlich dort:

Εἴ τις διὰ τὸν οἰκεῖον ἀγρὸν, τυχὸν τὸ κοπρίζειν αὐτὸν, ἔτρεφε τὴν οἰκεῖαν ἀγέλην, τότε ἐμοὶ μὲν αὐτῷ παραχωρῆσθαι δουλεία δοκεῖ, πλὴν εἰ μὴ δῆλός ἐστιν ὁ τὴν δουλείαν παραχωρήσας ὅτι αὐτῷ καὶ μόνῳ, τουτέστιν ὅτι αὐτῷ περσοναλίαν δουλείαν παρεχώρησεν ὡς φησι παππινιανὸς ἐν τῷ ἑξῆς βιβλίῳ τί. γ' διγ. δ' (tunc in rem servitus ei constituta esse videtur, nisi forte is, qui servitutem constituit, aperte illi soli h. e. personalem ei servitutem concessit, ut dicit Papinianus tit. 3. dig. 4.) Die Worte *αὐτῷ καὶ μόνῳ* machen es unzweifelhaft, daß Stephanus hier an eine

89) Abgedruckt bei Zachariä a. a. O. S. 22—25.

Prädialſervitut mit perſönlicher Beſchränkung denkt, cfr. l. 56. §. 4. D. de V. Obl.

Unter den Neueren handelt beſonders ausführlich Cujacius (lib. II. Respons. in Opp. IV. p. 893.) von unſerer Stelle. Wegen der Worte: personae videtur erklärt er ſie in ihren beiden Theilen von einem Uſus und Uſusfruktus. Wie ſchon Zachariä von Lingenthal a. a. O. bemerkt, überſieht er hierbei, daß nur ein und derſelbe concrete Fall eines Legates dem ganzen Reſponſum Papinian's zu Grunde liegt.

Cujacius erkannte wohl, daß, wenn man in der zweiten Hälfte der Stelle eine modifizirte Prädialſervitut annähme, man auch ebenſo die Worte: personae videtur erklären müſſe. Zachariä hingegen nimmt in der erſten Hälfte eine wahre Perſonalſervitut an, obwohl er in der zweiten eine Realſervitut erblickt.

Mühlenbruch endlich (Arch. XV. S. 386.) erklärt die Stelle gänzlich von einer Grunddienſtbarkeit in der oben von uns aufgeſtellten Weiſe. Sein Hauptargument iſt freilich nur im Weſentlichen das der Gloſſe zu l. 32. D. d. usufr., 7, 1., daß die Ausdrücke: pascendi oder appellendi pecoris servitus bei den Römern immer eine Realſervitut bezeichneten.[90]

Aus dem Titel de servitutibus praediorum rusticorum haben wir noch zu behandeln die

III. l. 37.

Paulus lib. 3. Responsorum.

„Lucius Titius Gajo Sejo fratri S. D. De aqua fluente in fontem, quem pater meus in Isthmo instruxit, do concedoque tibi gratuito digitum, sive ad domum, quam in Isthmo tenes, sive quocunque tandem volueris.

Quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaji Seji pertineat?

90) Vgl. über dieſe Bemerkung Elvers a. a. O. S. 200. und oben §. 2. S. 16.

Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seji quasi usuarii transmitti non oportere.“

Es kommt hier hauptſächlich auf die Worte: usus aquae an. Sollte damit die Perſonalſervitut Uſus bezeichnet werden, ſo wäre es offenbar eine völlig grundloſe Frage, ob dieſer Uſus auch auf die Erben übergehe? Denn es iſt unzweifelhaft, daß der Uſus ſtets mit der Perſon des Uſuars erliſcht. Ebenſo unpaſſend wäre dann auch in der Antwort des Paulus der Ausdruck: usus personalis, denn es giebt keinen Uſus, der an einem Grundſtücke haftete. In der That, unter jener Vorausſetzung wären Frage und Antwort gleich müßig.

Vielmehr heißt usus aquae: Ausübung einer Waſſerſervitut.

In vielen Stellen wird dem Rechte einer Prädialſervitut, dem jus, der usus, als die Ausübung entgegengeſetzt. So in l. 25. D. h. t. 8, 3.: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit, aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur. Ulpian bemerkt in l. 2. D. de extraord. cogn. 50, 13.: De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis .... praesidem provinciae doceri oportere responsum est. Sogar ein „frui aqua“ kommt bei einer gehörigen Prädialſervitut vor in l. 36. D. h. t. 8, 3. Aehnlich in l. 17. D. de servit. 8, 1. (Pomponius): „viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est“ und in dem wiederentdeckten Fragmente des Pomponius: „servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat.“ Ebenſo drückt ſich aus Gajus in l. 5. D. cit. 8, 1.: „Usus servitutum temporibus secerni potest,“ und Javolenus in

l. 20. D. eod. „usum ejus juris i. e. viae pro traditione accipiendum puto.“ Bemerkenswerth ſind außerdem noch l. 47. 49. D. de contr. empt. 18, 1. l. 8. D. de aq. pluv., 39, 3.

Dies mag genügen, den behaupteten Sprachgebrauch darzuthun. Es darf auch nicht befremden, wenn Paulus in unſerer Stelle den Inhaber des fraglichen Waſſerrechts einen quasi usuarius nennt. Er zieht das Verhältniß eines Uſuars nur vergleichsweiſe herbei, nimmt es alſo in unſerem Falle nicht als wirklich vorliegend an.[91]

Für unſere Interpretation, daß die Stelle von einer modifizirten Prädialſervitut handle, ſpricht auch ihr Platz im Titel de servitutibus praediorum rusticorum.

Mag man nun eine Perſonal- oder Prädialſervitut annehmen, ſo bleibt doch die Frage offen, ob das in der Stelle mitgetheilte Schriftſtück für das klaſſiſche Recht überhaupt zur Errichtung einer Servitut ausreichend ſei? Cujacius (opp. IV. p. 896.) und Weſtphal (de libert. et serv. p. 325.) denken an eine codizillariſche Errichtung, da die Worte *δίδωμι καὶ χαρίζομαι*, do concedoque die bei Legaten übliche Einſetzungsformel ſeien. Allein jenes Schriftſtück iſt ein Brief, kein Legat.

Andere ſuchen die Erklärung in dem Orte der Beſtellung.

Nach Gajus II. §. 31. können in den Provinzen Servituten durch formloſe Akte entſtehen; das fragliche Waſſerrecht wird nämlich auf dem Iſthmus errichtet.

Vielleicht iſt aber die Vermuthung Duaren's und Zachariä's von Lingenthal die wahrſcheinlichſte: Jenes Schriftſtück

---

91) Nach Mühlenbruch, Arch. XV. S. 389. Anm. 14. bedeutet das Wort „quasi,“ daß hier nicht von einer civilrechtlich, ſondern nur prätoriſch errichteten Perſonalſervitut die Rede ſei — wenn ſich nur eine Spur in der l. 37. fände, daß es ſich um die Errichtung einer Servitut handle!

bezwecke nicht die Bestellung des Rechtes selbst; diese habe vielmehr zu anderer Zeit in aller Förmlichkeit stattgefunden; nach dem Tode der Contrahenten sei es strittig geworden, ob die Servitut auch den Erben des ersten Erwerbers zustehe. Zur Entscheidung der Sache habe man nun jenen Brief beigebracht, der sonst völlig außerhalb des Bestellungsaktes liege.

Und in der That, sehen wir genauer zu, so handelt es sich in der Stelle nicht um die Bestellung einer Servitut, sondern um ihre Uebertragung auf die Erben; es ist die Frage, ob aus jenem Schriftstücke der Uebergang auf die Erben folge, nicht, ob daraus eine Servitut entstehe. Die Servitut wird bereits als bestellt vorausgesetzt.

Hiermit erledigt sich auch ein anderes Bedenken. Aus den Worten: *εἰς τὴν οἰκίαν σου — ἢ ὅπου ἂν βούλει* (ad domum, — sive quocunque volueris) folgern Manche, daß man in unserer Stelle eine Personal-, nicht Prädialservitut anzunehmen habe. Grunddienstbarkeiten müsse man nämlich immer mit Rücksicht auf ein bestimmtes Grundstück bestellen; der Berechtigte dürfe nicht für beliebige Oertlichkeiten die Servitut benutzen. Allein einmal ist jenes Schriftstück nicht die Bestellung, sondern etwa nur die Vorbereitung derselben. Sodann können die Servituten iter, actus, via und aquaeductus allgemein (simplicius) bestellt werden, so daß sich der Berechtigte nach seiner Bequemlichkeit eine beliebige Richtung bei Ausübung seiner Servitut auswählen darf, die er dann freilich für alle spätere Zeit ohne Abweichung beibehalten muß.[92] Es hindert Nichts, in unserer Stelle ein ähnliches Verhältniß vorauszusetzen.

Der Umfang der Servitut ferner wird durch den Bei-

92) s. l. 9. D. de servit. 8, 1. l. 13. §. 1—3. l. 26. D. de serv. praed. rust., 8, 3. l. 6. §. 1. l. 19. §. 1. D. quemad. serv. amitt., 8, 6. und Zachariä von Lingenthal, Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. S. 54—55.

ſatz „digitus“ (δάκτυλος) fixirt, d. h. ein Waſſerſtrahl von gewiſſer Stärke.[93]

Sehr eng mit unſerer Stelle hängt die l. 21. D. de usu et habit. zuſammen; ſie lautet: „usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest.“

(Modestinus lib. 2. Regularum.)

Offenbar ſteht dieſe Stelle hier außerhalb ihres urſprünglichen Zuſammenhanges; vielleicht iſt ſie ſelbſt aus der l. 37. des Paulus, und nur irrigerweiſe von den Compilatoren in den Titel de usu et habitatione, wie es ſcheint, mit Abänderungen aufgenommen.

IV. l. 6. D. de servitute legata, 33, 3.

Papinianus lib. 17. Responsorum.

„Pater filiae domum legavit eique per domus hereditarias jus transeundi praestari voluit. si filia domum suam habitet, viro quoque jus transeundi praestabitur. alioquin filiae praestari non videtur. quodsi quis non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis plenum intelligat: tantundem juris ad heredem quoque transmittetur. quod hic nequaquam admittendum est: ne quod affectu filiae datum est, hoc et ad exteros ejus heredes transire videatur.“

Wie in der lex 4. pecoris, deutet hier das Wort „praestare“ auf die Ausübung einer Prädialſervitut. Dem jus transeundi wird der usus transeundi deutlich entgegengeſetzt. Wollte man das Wort „usus“ von einer echten Perſonal-

93) vgl. Alciatus, Disp. II, 7. und Zachariä a. a. O. S. 34. Wunderlich erklärt Accurſius: digitus i. e. quantum fluit per digitum statuae vel imaginis, per cujus foramen stillat aqua, quandoque enim per rostrum, quandoque per digitum fluit.

Hinſichtlich der Literatur der Stelle, ſo iſt die Gloſſe für ein „jus personale“ d. h. eine Obligation nach ihrem Sprachgebrauche, Cujacius (opp. IV. p. 896.), Noodt (Probabil. I. c. 3. nr. 10.), Mühlenbruch (Arch. XV. S. 389.), Zachariä (a. a. O. S. 34 ff.) für eine Perſonalſervitut, und ihnen folgen meiſtens die Handbücher.

servitut verstehen, so wäre der dabei gemachte Zusatz „personae datus“ ganz überflüssig.

(„quodsi quis non usum transeundi personae datum intelligat.“)

Es treffen ferner alle Erfordernisse einer Grunddienstbarkeit bei dem aufgestellten Falle zu, namentlich fehlt es nicht an zwei benachbarten Grundstücken.

Ja, sogar setzt Papinian jenen Usus dem vollständigen Vermächtnisse einer Prädialservitut gegenüber (legatum servitutis plenum). Es liegt also das Vermächtniß einer Prädialservitut vor, nur kein vollständiges. Die Unvollständigkeit ist nämlich die, daß die Ausübung des Rechtes nicht auf die Erben übergeht. Es kann also keine Personalservitut vermacht sein, denn eine solche ist vollständig, obwohl sie sich nicht vererbt.

Es kommt hinzu, daß unsere Stelle in dem Titel vom Vermächtniß der Prädialservituten steht. Enthielte sie eine Personalservitut, so hätte man sie gewiß in den vorhergehenden Titel gesetzt, der ausführlich vom Vermächtniß des Usus und Ususfruktus handelt.

Sonach vereinigen sich Umstände genug, um in unserer Stelle eine Prädialservitut mit personaler Beschränkung anzunehmen. Es ist aber sowohl die Zeit als die Form der Ausübung beschränkt. Die Servitut darf nur auf Lebzeiten der Tochter ausgeübt werden — dies ist die Zeit —, aber auch nur von ihr selbst und ihrem Manne.[94] Diese Form folgt aus dem eigentlichen Beweggrunde des Erblassers bei dem in Rede stehenden Vermächtniß. Das Recht der Servitut läßt freilich eine solche Einschränkung nicht zu, wohl aber die Ausübung. l. 5. §. 1. l. 4. §. 1. D. de servit., 8, 1.

Die Glosse erblickt — nicht ohne Grund — in unserer Stelle eine Obligation. Cujacius hingegen — wegen des

94) Aehnlich die Bestimmungen in l. 2—7. D. de usu et habit.

Wortes „usus“ — ein „jus personale, quod cum persona exstinguitur, nec praedio tribuitur.“ [95]

Zachariä von Lingenthal endlich wendet der Gloſſe ein, daß der Titel, in dem ſich unſere Stelle befinde, nicht von Obligationen, ſondern von Servituten handle, — ohne ſelbſt zu berückſichtigen, von welchen Servituten?

Auch bemerkt er, daß eine Obligation kein Gegenſatz zu dem vollſtändigen Legate einer Servitut ſei. Er ſelbſt freilich hält das volle für unvollſtändig.

Auf die bisher erörterten Stellen laſſen wir folgen die bekannte

V. l. 14. §. 3. D. de alim. legat., 34, 1.
Ulpianus lib. 2. Fideicommissorum.

Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur.

Die Stelle hat die verſchiedenſten Erklärungen gefunden. Es wird genügen, die beiden Hauptanſichten in Betracht zu ziehen. Die eine geht dahin: mögen ſich Ciſternen im Nachlaſſe des Erblaſſers vorfinden oder nicht, in beiden Fällen

95) vgl. Recitt. solemn. VIII, 3. Dig. in to. VII. (— „et hoc significat nomen usus, l. 6. D. de serv. leg. l. 1. D. de usu et usufructu leg. l. 37. D. h. t. 8, 3.

gebe das Fideicommiß nur einen obligatorischen Anspruch. Dasselbe sei nicht etwa unwirksam, weil in dem fraglichen Wasserrechte dem Nichtbesitzer eines benachbarten Grundstücks eine Prädialservitut hinterlassen wäre. Es sei allerdings vollkommen richtig, daß Einem, der kein Nachbargrundstück hat, auch keine Prädialservitut zustehen könne. Zwar kann bisweilen ein Wasserrecht einen persönlichen Charakter haben, indem die Ausübung desselben nur an die Person des ersten Erwerbers geknüpft ist, doch darf es selbst in diesem Falle nicht an dem Erforderniß eines praedium vicinum fehlen. Allein das obige Bedenken könne bei unserem Falle überhaupt nicht Platz greifen; denn es handle sich nicht um Bestellung einer Servitut, sondern nur um einen obligatorischen Anspruch.

Diesen Erklärungsversuch vertritt die Glosse, und in neuerer Zeit Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis XV. S. 387.

Die Einwürfe gegen diese Erklärung lassen sich dahin zusammenfassen:

1. Der Sprachgebrauch der Römer verbiete es, die Worte „servitus personae" auf eine Prädialservitut zu beziehen. Die Grundlosigkeit dieser Behauptung haben wir bereits oben dargethan.

2. Wenn Ulpian lediglich von einer Obligation handelte, so wäre es eine völlig absurde Bemerkung, daß aus dem Fideicommiß keine Prädialservitut entstehen könne, und somit dasselbe gänzlich unwirksam sei. So Vangerow, Leitfaden §. 339. und Zachariä a. a. O. — und mit Recht.

Auf diese Bemerkung überhaupt zu antworten, und noch dazu an einer langen Reihe von Beispielen zu entwickeln, daß sie an sich wohl begründet sei — dürfen wir gewiß nicht eines Ulpian würdig halten. Zudem erfüllen jene Beispiele nicht einmal den Zweck, zu welchem sie angeführt werden.

3. Unter den aufgezählten Beispielen finde sich auch das jus gestandi; dies könne aber ebensowenig Prädial-

servitut sein, als ein jus spatiandi — wie scharfsinnig Zachariä von Lingenthal bemerkt a. a. O. S. 41. und Note 50.

Untergeordneter Art sind die übrigen Einwürfe. Soviel ist indeß klar: Nach der Erklärung der Glosse leidet die Stelle an einem auffallend schwerfälligen Gedankengange.

Um nur einigermaßen einen Zusammenhang herzustellen, müßte man zwei Sätze einschieben: einen unmittelbar vor den Worten „nam et haustus aquae" u. s. w., um diese Explikation zu motiviren, den andern vor den Schlußworten: haec enim aqua personae relinquitur, um auf jenes Bedenken gegen die Gültigkeit des Vermächtnisses zurückzuweisen, welches eben durch diese Worte gehoben wird.

Die andere Haupterklärung läßt sich etwa so ausdrücken:

Man müsse zwei Fälle unterscheiden: Wenn sich keine Cisternen im Nachlasse vorfinden, so könne der Legatar nur eine Geldsumme fordern, um sich dafür Wasser zu verschaffen, gerade so, als wäre eine fremde Sache legirt, zu deren Entgelt der Erbe dann verpflichtet ist. Im zweiten Falle, wenn Cisternen unter den Erbschaftssachen sind, so wäre — ganz allgemein — eine „Servitut" hinterlassen (man darf hier noch nicht fragen, was dies für eine Servitut sei, ob eine Personal- oder Prädialservitut! Zuerst handle Ulpian ganz in abstracto von einer „Servitut," erst nach und nach, bei längerer Ueberlegung, komme er zu einer concreten Gestalt; vgl. Zachariä a. a. O. S. 45.). Wenn auch nicht ausdrücklich dieser zweite Fall in der Stelle besprochen wird, so müsse man doch den obigen Gedanken hinter dem Worte: comparaturus ergänzen.

Da es sich also nur zunächst allgemein um eine „Servitut" handle, so liege die Bemerkung ganz nahe, daß dies keine Prädialservitut sein könne, indem hier der Fideicommissar nicht Inhaber eines benachbarten Grundstückes sei, und man könnte leicht deßhalb das ganze Vermächtniß für

total unwirksam erklären wollen. Allein dem ist nicht so. Allerdings sei ein Wasser- oder ein Triftrecht gewöhnlich eine Prädialservitut; aber ebensogut könnten sie als Personalservituten vermacht werden. Dasselbe finde auch noch Anwendung bei manchen anderen Gerechtigkeiten. Denn bei jenem Vermächtniß handle es sich um eine Personal-, keine Prädialservitut. (Andere emendiren noch die Schlußworte, und erklären dann: dasselbe gilt noch für manche andere Rechte, denn diese könnten gleichfalls als Personalservituten vorkommen.)

Sehen wir nun, ob diese Erklärung die Fehler der Glosse vermeidet.

1. Wenn Ulpian zunächst nur allgemein von einer Servitut spricht, ohne Unterschied, ob dies eine Prädial- oder Personalservitut sei, ist es nicht voreilig, ihn einseitig von einer Prädialservitut zu verstehen, und daraus gleich die Ungültigkeit des ganzen Vermächtnisses herzuleiten? Und dann, wie kann man einem Ulpian jenen Schneckengang vom Abstrakten zum Concreten zumuthen! Denkt aber Ulpian schon von vornherein an eine Personalservitut, wie kurzsichtig ist es dann, das Fideicommiß umstoßen zu wollen, weil daraus keine Prädialservitut entstehe. Ebenso erscheint es, wie bei der Erklärung der Glosse, ganz nutzlos, wenn Ulpian eine Anzahl sehr bekannter Prädialservituten aufzählt, um nur eben zu sagen, daß sie Prädialservituten seien, mitunter aber auch als Personalservituten vorkommen könnten. Mit demselben Rechte hätte er alle nur mögliche Servituten aufführen können.

Ja, das jus gestandi erscheint selbst nach dieser Erklärung als Grunddienstbarkeit, es wird ja dem pecoris appulsus, aquae haustus und anderen Prädialservituten gleichgestellt („in eadem causa erit"), es ist, wie diese, meistens Real-, mitunter Personalrecht.

2. Hinsichtlich des Gedankenganges greift auch diese Ansicht zur Einschiebung von Sätzen. Was berechtigt uns,

nach dem Worte comparaturus zu ergänzen: sed si cisternas habens id reliquerit fideicommissum testator, servitutem relictam videri, wobei nun noch das Wort: servitutem abſtrakt zu faſſen ſein ſoll?

Man ſieht es dem Satze an, daß er nur gemacht iſt, um ein künſtliches Mißverſtändniß des Wortes servitus zu ermöglichen.

Alſo auch dieſer zweite Erklärungsverſuch kann uns nicht befriedigen.[96] Er hat dieſelben Mängel, wie der der Gloſſe. Bei beiden iſt der Einwand gegen die Gültigkeit des Fideicommiſſes ungerechtfertigt; bei beiden werden allbekannte Dinge gleich weitläuftig explizirt. Das jus gestandi tritt hier wie dort als Grunddienſtbarkeit auf; hier wie dort zerfällt die Stelle in zwei unvereinbare Stücke; bei der Gloſſe reißt der Faden mit den Worten „nam et haustus“ ab, bei der zweiten Erklärung mit den Worten: nec inutile videri fideicommissum. Auf die eine wie die andere Weiſe muß man zu Ergänzungen ſchreiten. Die Gloſſe hat nur voraus, daß ſie den Text unverändert läßt, während die andere Erklärung ſich in den gewagteſten Conjekturen gefällt.[97]

Es kann nicht unſere Abſicht ſein, einen einheitlichen Gedankengang in der Stelle nachzuweiſen. Die Schwierigkeit liegt nicht in einem Mangel der Erklärung, ſondern in der Sache ſelbſt. Was man dem einen der eben gedachten Verſuche vorwirft, fällt auf den anderen zurück. Es iſt ebenſo fehlerhaft, das Unvereinbare vereinen zu wollen, als Zuſammengehöriges zu zerreißen. Wir müſſen in unſerer Stelle den Punkt aufſuchen, an dem das Geſunde ſich vom Kranken ſcheidet.

Das Geſetz ſteht im Titel: Ueber Vermächtniſſe von

96) Gleichwohl iſt er heute allgemein angenommen, z. B. von Vangerow, Leitf. §. 339. Anm. 1. Elvers, Servitutenlehre S. 201—2. Zachariä a. a. O. S. 44—47. Puchta, Pand. §. 180. not. d. u. ſ. w.

97) vgl. Schulting-Smallenburg, Zachariä a. a. O. S. 43. Janus a Costa ad h. l.

Alimenten. In seiner ganzen Umgebung lesen wir Nichts, als von Alimenten. Den Titel selbst eröffnet Ulpian mit der Bemerkung: In Gegenden, wo das Wasser käuflich sei, sei in dem Legate von Alimenten auch der Wasserbedarf des Legatars miteingeschlossen.

Das in Rede stehende, fideicommissarische Wasserrecht ist nun ebenfalls in einer Gegend hinterlassen, wo das Wasser verkäuflich ist, — und zwar nicht alleinstehend, sondern zugleich mit und neben Alimenten. Was schon stillschweigend in den Alimenten liegt, ist hier noch aus Vorsicht ausdrücklich angegeben. Wie kann man nun irgend zweifeln, daß der vermachte Wasserbezug einen Theil der Alimentenforderung bilde? Der Wasserbezug kommt hier als Lebensbedarf in Betracht. Was ist abstruser, ihn als Objekt einer Servitut aufzufassen? Ulpian bemerkt, daß am Orte des Fideicommisses das Wasser käuflich sei. Er denkt nicht an käufliche Wasserservituten.

Sehen wir genauer zu, so handelt es sich in unserer Stelle in erster Linie nicht darum, welchen Charakter der vermachte Anspruch habe, ob einen dinglichen oder obligatorischen? sondern, ob überhaupt das Legat wirksam sei, überhaupt einen Vortheil gewähre (emolumentum esse fideicommissi)?

Ulpian hätte nicht mit so großem Nachdruck betont, daß am Orte des Legates das Wasser ein Handelsartikel sei, wenn dies nicht die Basis seiner ganzen Entscheidung bilden sollte.

Wo das Wasser keinen Werth hat, ist auch das Legat werthlos. In Italien z. B. hatte man es umsonst, „aquam emere turpe est," sagt Seneca. Sollte in Italien ein Legat von Wasser überhaupt einen Werth haben, so müßte wenigstens eine Wasserservitut vermacht werden.

Berücksichtigt man nicht die lokalen Verhältnisse, käme z. B. ein römischer Jurist nach Afrika, so möchte er von seiner Anschauung aus sehr leicht dem in Rede stehenden Fideicommiß allen Werth absprechen. Als Forderung be-

trachtet, hätte es keinen Sinn, denn es fehlt das geldwerthe Interesse; als Prädialservitut keinen, denn der Legatar hat keinen benachbarten Besitz.

Vor einer so oberflächlichen Auffassung der Sache warnt nun aber Ulpian, indem er an einen Fall aus seiner Erfahrung erinnert, — und hiermit gewinnt auch die Rücksicht auf jenen Einwand gegen die Gültigkeit des Fideicommisses eine ganz natürliche Stellung.

Wie schließt sich nun hieran der folgende Theil der Stelle? Vorweg müssen wir sämmtliche Emendationsversuche als verfehlt zurückweisen. Lassen wir den Text unverändert.

Es wird darin lediglich der Satz erläutert: daß ohne ein benachbartes Besitzthum Niemand eine Prädialservitut haben könne. Allerdings finde öfter bei einer Prädialservitut eine persönliche Beziehung statt, aber dennoch sei ein praedium vicinum dabei unerläßlich. Im vorliegenden Falle, wo es an einem solchen fehle, könne daher von einer Prädialservitut keine Rede sein.

Es ist klar: diese Ausführung hat wenig mit dem Responsum Ulpian's zu thun. Dieses beschäftigt sich mit dem Werthe des Fideicommisses, nicht, wie weit die personale Beziehung bei Realservituten reicht. Vielmehr ist es schon mit den Worten „quasi — relicta" vollständig abgeschlossen.

Jene ganze Ausführung erscheint als eine Anmerkung, eine Randglosse zu den Worten: quasi praedii servitute non possessori vicinae possessionis relicta.

Der Glossator sah, daß das fragliche Fideicommiß blos der Person ohne irgend ein Grundstück galt („haec enim aqua personae relinquitur"). Jene Worte veranlaßten ihn, zu untersuchen, ob nicht schon der bloßen Person eine Realservitut zustehen könne.

Hierbei fiel ihm lex 4. pecoris ein: „pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi praedii magis, quam personae sunt." Und das Erforderniß des benachbarten Besitzes rief eine Reminiscenz an l. 5. D. de servit., 8, 3.

hervor, wonach haustus und appulsus pecoris als Prädialſervitut immer ein praedium vicinum verlange.

So ſetzte ſich die ganze Bemerkung zuſammen. Die Reflexion gab die Worte: haec enim aqua personae relinquitur. An die l. 4. cit. lehnt ſich der Satz: Nam et aquae haustus, sicut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae; und aus der l. 5. cit. ſtammt der Satz: tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.

Die ohne allen Sinn und Zweck aufgezählten Beiſpiele endlich laſſen ſich nur aus der Schreibſeligkeit des Gloſſators erklären. Wenn außerdem verkehrterweiſe das jus gestandi als Realſervitut auftritt, wenn nach griechiſchem Sprachgebrauche uti mit dem Dativ („areae tuae uti") conſtruirt wird, ſowie die Genitive: gestandi, premendi, utendi durch eine Ellipſe des Wortes jus zu erklären ſind (τὸ τοῦ χρῆσθαι) — ſo müſſen gegen die Echtheit des zweiten Theiles unſerer Stelle die erheblichſten Bedenken laut werden. Als Reſponſum Ulpian's kann nur der erſte Theil gelten, welcher auch allein in der oratio indirecta vorgetragen wird. Jenes Gloſſem rührt vielleicht ſchon von den Compilatoren ſelbſt her. Durch einen merkwürdigen Zufall fehlt gerade unſer §. 3. in den Baſiliken (XLIV. to. V. p. 779. Fabrot.), während die voraufgehenden Paragraphen uns erhalten ſind.[98]

So ſteht auch dieſe Stelle mit den oben entwickelten Begriffen nicht im Widerſpruche.

VI. l. 1. §. 11—12. D. de aq. cot. et aest.

Ulpianus lib. 70. ad Ed.

§. 11. Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet,

98) Das vermachte Waſſerrecht hat ſchon Pothier, Pandect. Justin. II. lib. XXXIV. tit. 1. nr. III. not. h. p. 412. als Beſtandtheil der Allmente (arg. l. 1. D. h. t. 34, 1.) aufgefaßt, wie auch ſchon Averanius, Interpret. juris, lib. V. c. 6. §. 4., die Echtheit der zweiten Hälfte unſerer Stelle bezweifelte.

an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut haec quoque contineatur. Propter quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest.

Auf dieſe Stelle hat man folgendes Raiſonnement geſtützt: Wenn ein Waſſerrecht, das zum Nutzen und Vortheil von Menſchen gereicht, überhaupt als Servitut möglich iſt, wie doch §. 11. beweiſe, ſo iſt es nur in Form eines Uſus oder Uſusfruktus möglich. Allein ſchon als Prädialſervitut kann ein Waſſerrecht dem menſchlichen Bedürfniß dienen, z. B. wenn es für ein ſtädtiſches Gebäude, oder bei einem Acker nicht gerade zum allernothdürftigſten Feldbau, ſondern zur Annehmlichkeit des Beſitzers u. dgl. ausgeübt wird.[99]

In ähnlicher Weiſe erblicken Manche[100] in §. 12. eine irreguläre Servitut: Praeterea Labeo scribit, et si quidam ductus aquarum non sit fundi, qui a quocunque duci possint, tamen ad hoc interdictum pertinere. Allein muß eine Waſſerleitung nothwendig Perſonalſervitut ſein, wenn ſie nicht Realſervitut iſt?

Noodt, Probabil. I. c. 3. nr. 7. in f. beruft ſich auf den Zuſammenhang: §. 11. handle von den Prädial-, §. 12. daher von den Perſonalſervituten. Darf man überhaupt eine beſtimmte Reihenfolge vorausſetzen, ſo handeln die Römer von den Perſonalſervituten *vor*, nicht *nach* den Prädialſervituten. Geſchieht daher in unſerer Stelle der Perſonalſervituten keine Erwähnung, ſo haben ſie offenbar Nichts mit dem aquaeductus zu thun. Spricht §. 11. von Servituten, ſo muß folgerecht §. 12. von einem aquaeductus handeln, der nicht Servitut iſt.

99) vgl. Noodt, Probabil. I. c. 2. nr. 5. c. 3. nr. 7. Puchta §. 183. not. c. Glück IX. §. 620. Nr. 5. S. 14., X. §. 659. Nr. VI. S. 5.

100) Mit Recht bemerkt Zachariä a. a. O. S. 17. und Anm. 15., daß dieſe Stelle für unſere Frage gleichgültig ſei, wie auch von den Neueren ſie nur von Thibaut, Pand. §. 606. berückſichtigt wird.

Cujacius emendirt die Worte: qui a quocunque in quia quocunque, und hält es für das entscheidende Merkmal einer Personalservitut, wenn das Wasser nach irgendwelchen beliebigen Punkten geleitet werden darf. Höchstens schließt dies die Annahme einer Grunddienstbarkeit aus, bedingt aber nicht die eines Usus oder Ususfruktus.

Vielmehr denkt Labeo hier an ein Wasserrecht, welches an einer öffentlichen Wasserleitung oder einem öffentlichen Flusse Statt findet. Die Worte qui a quocunque deuten offenbar auf ein Verhältniß hin, wo ein Jeder aus dem Volke eine Berechtigung zur Wasserleitung hat.[101] Die Worte ductus aquarum bedeuten übrigens nach strengem Sprachgebrauche nicht das Recht, sondern nur die Anstalt, die Wasserleitung selbst.[102]

Noch viel weniger, als die §§. 11. und 12. steht l. 1. D. de usu et usufructu leg., 33, 2. den oben entwickelten Grundsätzen über das Wesen des Usus und Ususfruktus entgegen. Sie ist vielmehr eine unmittelbare Anerkennung derselben.

Es hatte Jemand einen Usus und Fruktus an Prädialservituten vermacht. Dies ist juristisch ein Unding. Paulus will aber auch den materiellen Gedanken des Erblassers realisiren. Dieser wollte offenbar dem Legatar für dessen Lebenszeit den faktischen Inhalt jener Servituten einräumen. Wenn irgendwo, ist hier die Theorie der irregulären Servituten am Platze. Die ausdrücklichen Worte: Usus und Ususfruktus, sprechen dafür.

Wenn nun Paulus jenes Legat nur als Prädialservitut mit personaler Beziehung oder gar nur als Obligation ver-

---

101) s. Friedländer, unvordenkliche Zeit S. 66. Die Emendation des Cujacius würde darin Nichts ändern.

102) s. Friedländer a. a. O. S. 63. Zachariä a. a. O. S. 17. Cic. de legibus: „ductus vero aquarum, quos isti nilos et euripos vocant, quis non irriserit?“

wirklichen kann, ſo kommt dies einer vollen Negation der irregulären Servituten gleich.

Jenes Problem alſo, welches wir oben als den Ausgangspunkt unſerer Streitfrage bezeichneten, kann ſich nur auf indirektem Wege realiſiren: nur als Modifikation von Prädialſervituten.

Durch Nebenberedungen und Exceptionen können letztere ſowohl der Dauer als dem Umfange nach den Perſonalſervituten angenähert werden. In dieſer Hinſicht ſagt Afrikan in l. 33. §. 1. D. de servit. praed. rust. „Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute, nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere.“ Labeo's Verſuch, ſchon ipso jure mit den Prädialſervituten das Recht der Veräußerung verknüpft ſein zu laſſen, iſt allgemein aufgegeben worden. Von ihm heißt es nämlich in l. 24. D. de servit. praed. rust.: „Ex meo aquaeductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare.“ cfr. l. 1. §. 16. D. de aq. cot., 43, 20. Noodt, Probabil. I. c. 3.

Hiermit ſind wir aber auch bei der äußerſten Gränze angekommen, bis zu der ſich die Rückſicht auf jenes Problem erſtrecken darf. Zu dieſem Reſultate führt uns ebenſo die Exegeſe, als der Geiſt der römiſchen Perſonalſervituten.

Zweiter Abschnitt.

Die sogenannten irregulären Prädialservituten.

Einleitung.

Der zweideutige Ausdruck: irreguläre Prädialservitut geht auf den Fall, wo eine Gerechtsame ausnahmsweise der einen Klasse der Prädialservituten beizuzählen ist, obwohl sie gewöhnlich zu der andern gehört, z. B. wenn ein Recht als Stadtservitut vorkommt, das meistens Rusticalservitut ist.[103] Die nächste Frage ist nun die, ob dieser Fall möglich? Hiervon in §. 1. Ferner weichen die Rustical- von den Stadtservituten in manchen Punkten ihrer Theorie von einander ab, und daher ist zu untersuchen, ob die irreguläre Servitut die Verschiedenheit ihrer eigentlichen Klasse beibehalte, oder mit andern Worten: Sind die Unterschiede der servitutes urbanae und rusticae immanent? Dies in §. 2—3.

§. 1.

Möglichkeit der sogenannten irregulären Prädialservituten.

Das Haupterforderniß der Prädialservituten bezüglich ihres Inhaltes ist: daß sie dem herrschenden Grundstücke

103) So bestimmt den Begriff: Thibaut, Pand. §. 606. Löhr, Magazin III. S. 495—497. Hofacker, Princip. juris civ. §. 1084. Puchta, Pand. §. 183. g.

Nutzen gewähren. Jede Gerechtſame, die dieſem Erforderniſſe genügt, iſt als Realſervitut zuläſſig, gleichviel, ob ſie ſonſt der andern Klaſſe von Grunddienſtbarkeiten angehört oder nicht. Unter derſelben Vorausſetzung ſind alſo auch irreguläre Servituten möglich. Dies iſt die rechtliche Seite der Frage. Eine reine quaestio facti iſt es, wenn Puchta §. 183. Note g. behauptet: im Weſentlichen könne zwar eine und dieſelbe Gerechtſame einem ſtädtiſchen, wie einem ländlichen Grundſtücke zuſtehen; daneben habe ſie jedoch nothwendig einen verſchiedenen Charakter je nach dem Bedürfniß der herrſchenden Sache. Dies iſt erſtens nicht überall wahr; ein Weg oder ein Zugang z. B. kann in beiden Fällen genau denſelben Charakter bewahren. Sodann wären jene Verſchiedenheiten ganz untergeordneter Art; man müßte ſich in's Kleinliche verlieren, wenn man ſie beachten wollte. Schon zwiſchen zwei ſtädtiſchen Grundſtücken exiſtirt keine Uniform der Bedürfniſſe.[104]

Als Beiſpiel irregulärer Grunddienſtbarkeiten kommt bei einem ſtädtiſchen Grundſtück vor der iter und actus in l. 20. §. 1. D. de serv. praed. urb. 8, 2. cfr. l. 1. §. 1. D. de itinere, 43, 19. l. 41. D. cit. 8, 2. l. 7. §. 1. l. 14. D. Comm. praed. 8, 4. der aquaeductus in l. 1. §. 11. D. de aq. cot. 43, 20. l. 11. §. 1. D. de Public. 6, 2.

Umgekehrt findet ſich — wenigſtens den Worten nach — in l. 2. pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. ein jus altius tollendi und Aehnliches als Ruſticalſervitut. Der Sache nach haben wir es hier vielleicht mit wahren Stadtſervituten zu thun. Denn entweder denkt Neratius an ein künftiges

104) An Puchta ſchließt ſich an Zachariä, Unterſcheidung zwiſchen servit. rust. und urbanae S. 96—97. — Unbedingt erkennen irreguläre Prädialſervituten an: Donellus, Comm. XI. c. 8. Thibaut, Pand. §. 606. Hofacker §. 1084. Schweppe, Röm. Privatr. §. 288. Hoffmann, Servit. I. §. 59. Arndts, Pand. §. 184. Keller, Pandektenvorleſ. §. 174. Nr. 1.

oder an ein auf dem Landgute befindliches Gebäude.[105] Dann aber ſind es servitutes urbanae, l. 1. D. comm. praed. 8, 4. cfr. §. 1. Inst. de servit. II, 4.

§. 2.

Sind die Verſchiedenheiten der servitutes urbanae und rusticae immanent?

Die ſog. irregulären Realſervituten bleiben ihrem Gehalt und Weſen nach unverändert. Sie wechſeln nur ihr Subjekt, nicht ihre Natur. Es iſt offenbar: Beruhen die Unterſchiede der Grunddienſtbarkeiten auf dem Inhalt, ſo kann die Veränderung im Subjekt keinen Einfluß auf ſie äußern; folgen ſie hingegen aus dem Subjekt, ſo iſt dieſes das einzig Entſcheidende, und muß die Rückſicht auf den Inhalt gänzlich zurücktreten. Ob das Eine oder das Andere der Fall, läßt ſich lediglich nur aus dem Grunde der einzelnen Unterſchiede beantworten.

Erörtern wir aber zuvor, welches der Inhalt der Servituten iſt, die gewöhnlich einem ſtädtiſchen, und der Inhalt derjenigen, die gewöhnlich einem ländlichen Grundſtücke zuſtehen.

I. Die (gewöhnlich) ſtädtiſchen Servituten ſtellen ſich ihrer äußern Erſcheinung und ihrem Inhalt nach als eine Qualität, ein integrirender Beſtandtheil, gleichſam als eine Farbe des herrſchenden Grundſtückes dar. Sie erzeugen einen dauernden, bleibenden Effekt, eine ſichtbare Eigenſchaft an der berechtigten Sache. Dieſer Effekt, dieſe Eigenſchaft iſt ihre Ausübung, ihre Wirkſamkeit. Beim jus tigni immittendi iſt es der Zuſtand, wo der Balken in die fremde Sache eingelegt iſt; das herrſchende Gebäude erſcheint hier erweitert, es hat gewiſſermaßen einen neuen Theil erhalten. Bei dem

105) Für die erſte Alternative entſcheidet ſich Puchta, Inſtitut. §. 253. Note h., für die zweite Donellus, Comm. XI. c. 4. Cujacius, Comm. ad l. 189. D. de V. S. 50, 16. Glück IX. S. 28.

jus altius tollendi iſt es das Gebäude in ſeiner Erhöhung, welches die Ausübung des Rechtes involvirt. Nicht der bloße Akt des altius tollere, nicht das bloße tignum immittere, ſondern das aedes altius sublatas habere, das tignum immissum tenere, dieſer Zuſtand, dieſe Qualität des Gebäudes iſt die Ausübung, jenes iſt nur Vorbereitung von dieſer. Daſſelbe gilt vom jus stillicidii, projiciendi, protegendi u. ſ. w. Eine beſondere Beachtung verdient noch das jus non extollendi.

Zu einem Hauſe gehört nicht blos der Grund und Boden, ſondern auch der Himmel über ihm. Eine der weſentlichſten Pflichten des Fruktuars bildet es: ne coelum fundi corrumpat, d. h. nicht den Horizont des Grundſtücks zu verkleinern. l. 13. §. 6. D. de usufr. 7, 1.

Das betreffende Stück Himmel gehört alſo zur Subſtanz des Grundſtücks, denn nur auf dieſe erſtreckt ſich die Pflicht des Fruktuars zur Schonung. Ebenſo heißt es bei widerrechtlichen Neuerungen: man müſſe nicht blos den Grund und Boden, ſondern auch den Himmel nachmeſſen „in opere novo tam soli, quam coeli mensura facienda est l. 21. §. 2. D. quod vi aut clam, 43, 24. Ebenſo: „sepulcri est non solum is locus, qui recipit humationem, sed omne etiam supra id coelum," der Himmel iſt ein Theil des Grabmals, l. 22. §. 4. D. eod. cfr. l. 1. pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

Das jus altius non tollendi bewirkt alſo, daß dem Grundſtück einer ſeiner Theile, der Horizont, oder, um es anders auszudrücken, ſeine bisherige Lichtſtärke ungeſchmälert verbleibt. Durch die Servitut bleibt alſo das Haus hell, trocken u. ſ. w.

II. Ganz anders bei den (gewöhnlich) ruſticalen Servituten. Die Ausübung derſelben hinterläßt keine dauernde Spuren, bewirkt keine körperliche Qualität, keinen Zuſtand der Sache; ſie beſteht vielmehr in einer Reihe getrennter

Handlungen des Berechtigten.[106] Die Beschaffenheit der herrschenden Sache ist sinnlich wahrnehmbar. Ausübungshandlungen, z. B. das Gehen, das Fahren u. s. w., existiren dagegen nur in der Vorstellung, nicht im Raume.

So differiren die Realservituten nicht nur dem Namen, sondern auch dem Inhalt nach.

§. 3.

Die einzelnen Verschiedenheiten in der Theorie der Prädialservituten.

I. Besitz und Interdikte. Die städtischen Servituten haben nicht, wie die rustikalen, einen selbständigen Besitz, sondern werden in und mit der herrschenden Sache besessen. Die Verletzung ihres Besitzes ist eine Besitzverletzung des Grundstücks selbst; sie haben daher keine eigenen Interdikte, wie die Rusticalservituten, sondern werden als eine Modifikation des Sachbesitzes nur durch das Interdiktum uti possidetis aufrecht erhalten. Diese Eigenthümlichkeit folgt nothwendig aus ihrem Inhalte, ist daher von diesem unzertrennlich; sollte auch die betreffende Servitut einem Rustical-Grundstück zustehen, so hat sie doch keinen selbständigen Besitz. Umgekehrt kann z. B. der Besitz eines Wegerechtes sich nie als modifizirter Sachbesitz darstellen, nie durch ein Interdictum uti possidetis geltend gemacht werden, — selbst wenn es einem städtischen Grundstück eingeräumt ist. Soll es überhaupt einen Besitzschutz haben, was nicht nothwendig ist, so müßte es sein besonderes Interdikt

106) Zachariä a. a. O. S. 5. wendet ein, daß ein Aquäbukt mitunter, z. B. wegen seiner Anstalten, einen dauernden Besitz haben könne. Allein die Ausübung des aquae ductus beruht nicht in der Vorrichtung, sondern im Akte des ducere selbst. Umgekehrt ist bei einem jus tigni immittendi nicht der Akt des immittere, sondern die Vorrichtung das Wesentliche. Wie hier der Akt die Vorrichtung, bereitet dort die Vorrichtung den Akt vor. Vgl. Elvers a. a. O. S. 369.

beibehalten. So verliert ein Waſſerrecht nicht ſein Interdikt, wenn es auch ſtädtiſche Servitut wird, l. 11. §. 1. D. de aqua cotid. 43, 20., während der iter, actus und via kraft poſitiver Beſtimmung als Stadtſervituten ohne ihr früheres Interdikt gelaſſen werden, l. 1. §. 1. D. de itinere actuque, 43, 19.[107]

II. Die Ruſticalſervituten gehen non utendo, die Stadtſervituten durch libertatis usucapio unter.[108]

Die usucapio libertatis iſt Nichts, als die gewöhnliche Uſucapion körperlicher Sachen in beſonderer Anwendung. Es wird, wie ſonſt, das Grundſtück uſucapirt, aber nicht blos das Grundſtück ſchlechthin, ſondern das Grundſtück in einer gewiſſen Qualität, die eben ſeine Freiheit ausmacht. Eine ſolche Uſucapion iſt aber nur gegenüber den (gewöhnlich) ſtädtiſchen Servituten möglich.[109] Wie die Dienſtbarkeit eine Qualität des herrſchenden, ſo bewirkt jetzt die Freiheit eine Qualität des dienenden Grundſtücks. Die Freiheit von einer Ruſticalſervitut, z. B. von einem Wegerecht, kann ſich nie in einer körperlichen Eigenſchaft der dienenden Sache darſtellen.

Die Uſucapion der Freiheit hängt alſo auf das Engſte mit dem Inhalte der Servituten zuſammen, ſie wird daher z. B. gegen ein jus altius non tollendi ſelbſt dann Statt finden können, wenn dieſes einem praedium rusticum zuſteht; umgekehrt iſt ſie undenkbar bei einem Wegerecht, wenn dies auch einem ſtädtiſchen Grundſtück beſtellt iſt.

---

107) Vgl. überhaupt v. Savigny, Beſitz §. 46. Puchta, Inſtitut. II. S. 571., Pandekten §. 139. Note g. Rudorff, Zeitſchr. f. geſch. Rechtswiſſenſchaft XI. S. 348—353. A. M. v. Vangerow, Leitf. I. §. 355.

108) Zachariä a. a. O. S. 58. bezweifelt dieſen Unterſchied, ihn widerlegt hinreichend Puchta, Vorleſ. §. 190., Inſtitut. II, 787 f. Rudorff a. a. O. S. 327.

109) Vgl. Puchta, Inſtitutionen II. S. 787. Rudorff a. a. O. S. 327. Elvers, Servitut. S. 360. 362. l. 6. D. de servit. praed. urb. 8, 2. l. 6. §. 1. D. si servit. vindic. 8, 5.

Es ist ein allgemeiner Grundsatz: Rechte werden durch entgegengesetzte Thatsachen aufgehoben. Die städtischen Servituten äußern sich in einer körperlichen Erscheinung, ihr faktischer Gegensatz ist daher nothwendig wieder etwas Körperliches. Die Rusticalservituten sind intellektuell, ihr Gegensatz somit wieder ein intellektuelles Faktum. Es ist daher unrichtig, wenn Elvers a. a. O. S. 369. behauptet: ein Wegerecht könne durch usucapio libertatis erlöschen, z. B. wenn der Eigenthümer sein belastetes Grundstück rings mit einer Mauer umgäbe, und so dem Servitutberechtigten den Weg versperrte. Das Wesentliche ist vielmehr, daß die Ausübungshandlungen der Servitut unterbleiben, hierin liegt die Freiheit der Sache. Die Qualität, die sie durch die Mauer empfängt, ist gleichgültig. Die Mauer kann höchstens das non uti vorbereiten, ähnlich, wie die Vorrichtung des Aquädukt das ducere, das tignum immittere den Zustand des immissum habere bedingt.

Die Freiheit der Sache übrigens ist bei einer Rusticalservitut schon mit dem non uti gegeben, denn die Ausübung liegt hier in einzelnen vorübergehenden Akten, und steht und fällt mit diesen. Bei einer Stadtservitut dagegen ist die Unfreiheit eine dauernde, körperliche Qualität, die Sache gelangt hier nicht von selbst zur Freiheit. Es muß erst eine entgegengesetzte, aufhebende Qualität geschaffen werden.

III. In naher Verbindung endlich mit den Besitzverhältnissen der Servituten steht die Verpfändung derselben.

Wir werden diese schwierige Frage zuerst nur soweit behandeln, als zu unserm gegenwärtigen Zwecke unumgänglich nothwendig ist.

Vorerst steht nach dem unzweifelhaften Zeugniß der Quellen fest: servitutes rusticae können verpfändet werden, servitutes urbanae nicht. „Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint," sagt l. 11. §. 3. D. de pignoribus et hypoth. 20, 1. und l. 12. pr. D. eod. fährt fort: „Sed an

viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ... quae sententia admittenda est.“

Man konnte dieſen Unterſchied nicht erklären, darum leugnete man ihn.[110]

Worin das Weſen einer ſolchen Verpfändung beſtehe, darüber gehen die Anſichten weit auseinander. Uns kommt es nur auf einen Punkt an, und dieſer iſt unbeſtritten: Bis zur Fälligkeit der Forderung hat der Gläubiger den Beſitz der verpfändeten Servitut. Wird die Schuld am feſtgeſetzten Termine nicht bezahlt, ſo übt er ſein Pfandrecht aus, und muß hierbei nothwendig den Beſitz an einen dritten Käufer übertragen. Es iſt gleichgültig, ob das Recht der Servitut oder die Ausübung den Gegenſtand des Pfandrechts bilde, und im erſteren Falle — ob die Servitut ſchon von vornherein, d. h. ſchon bei der Verpfändung ſelbſt, oder erſt hernach, d. h. bei dem Verkaufe an den Dritten beſtellt wird. Ebenſo macht es Nichts aus, ob es ſich um ein Fauſtpfand oder eine Hypothek handelt. Denn in allen dieſen Fällen muß unbedingt eine Beſitzübertragung des Gläubigers an den Käufer Statt finden.[111] Das Weſen des Pfandrechts iſt Verkaufsrecht; was nicht verkauft werden kann, kann nicht verpfändet werden; es iſt aber kein Kauf, wo keine Beſitzübertragung möglich.[112]

Warum aber findet bei Ruſticalſervituten eine Verpfändung Statt, bei Stadtſervituten nicht? Accurſius weiß einen

---

110) Ueber die älteren Anſichten, welche hier aufzuzählen völlig müßig ſein würde, ſ. Zachariä a. a. O. S. 32. 45—51. Ueber deſſen eigene Anſicht vgl. die treffliche Kritik Rudorff's in Richter und Schneider, Jahrbücher XV. S. 322. f.

111) Ueber Beſitzübertragung bei Servituten ſ. l. 20. D. de servit. 8, 1.

112) Dies iſt der Sinn der l. 9. §. 1. D. de pignor. et hypoth. 20, 1.: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.

ästhetischen Grund: Die Stadt würde verunstaltet, wenn man eine Verpfändung der Gebäudeservituten erlaubte! Cujacius verwirft eine solche Verpfändung als unpraktisch (Observ. XV, 6.), Roßhirt, weil servitutes urbanae nec mancipi seien. Mühlenbruch ist am ehrlichsten und gesteht seine Verlegenheit. Andere wollen in l. 11. §. 3. das Wort urbanorum „als Einschiebsel der Compilatoren" streichen, und behaupten allgemein die Verpfändbarkeit sämmtlicher Grunddienstbarkeiten.[113]

Erst Rudorff hat die Frage auf ihren juristischen Boden verpflanzt, indem er den Grund in den Besitzverhältnissen der Servituten suchte.[114]

Und in der That: die Rusticalservituten sind verpfändbar, weil sie allein einen eigenen, selbständigen Besitz haben, mithin auch nur bei ihnen eine Besitzübertragung möglich wird, wie sie der Begriff alles Pfandrechtes erfordert. Die Stadtservituten hingegen könnten nur mit dem dienenden Grundstück selbst verpfändet werden; sie sind ohne selbständigen Besitz, daher unverpfändbar.

Dieser Grund ergiebt sich auch unzweideutig aus l. 11. §. 3. cit.: jura urbanorum praediorum pignori dari non possunt, igitur nec hypothecae. Zwischen Faustpfand und Hypothek findet sich kein anderer Unterschied, als im Besitz. In allen übrigen Stücken stehen sie gleich. Es heißt nun in l. 11.: An den Stadtservituten ist kein Faustpfand möglich, daher auch keine Hypothek. Läge der Grund hiervon in dem Gemeinsamen beider, so könnte man mit demselben Rechte umgekehrt sagen: An den Stadtservituten ist keine Hypothek, daher auch kein Faustpfand möglich.

Der Grund muß also wohl in dem Unterschiede beider

113) z. B. Charondas, Verisimil. I. c. 5. §. 7. (Otto I. p. 698.) Galvanus, de usufr. c. 39. §. 10. v. d. Pfordten, Arch. XXII. S. 26. v. Keller, Becker und Muther, Jahrb. II. Nr. 4. (1858.) a. E. Zachariä v. Lingenthal a. a. O. S. 52. (theilweis).

114) Rudorff a. a. O. S. 322.

Pfandformen liegen, d. h. in dem Beſitze. Das Fauſtpfand verlangt ſchon von vornherein den Beſitz, während die Hypothek erſt ſpäter dazu führt. Jenes iſt gewiſſermaßen der Vorbote von dieſer. Iſt das Fauſtpfand unmöglich, ſo iſt es auch die Hypothek.

In gänzlichem Widerſpruch mit unſerer Auffaſſung ſtehen die Reſultate, welche Keller aus l. 12. D. cit. zieht.[115] Bei der Servitutenverpfändung handle es ſich, behauptet er, gar nicht um Verkauf und Beſitzübertragung an einen Dritten; das ganze Rechtsverhältniß habe nur zwei Perſonen: den Schuldner und den Gläubiger. Dieſer ſei zugleich der Käufer; hat er ein benachbartes Grundſtück, ſo könnten ihm ſogar Stadtſervituten verpfändet werden.

Dieſer Gedanke iſt originell, — aber er widerſtreitet dem einfachen Sinn des Geſetzes.

Die l. 12. lautet im Weſentlichen: videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Keller erblickt hierin zwei verſchiedene Geſchäftsformen. Die eine ſei in den Worten: „ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur“ enthalten, d. h. dem Gläubiger wird bis zur Abzahlung der Schuld, alſo unter Reſolutivbedingung, die quasi-possessio der Servitut geſtattet, und dies ſei die eine Art der Verpfändung. Die andere ſei die, daß ſchon bei Eingehung der Schuld die Servitut dem Gläubiger verkauft wird, jedoch unter der Suſpenſiv-Bedingung der Nichtzahlung, und dies bedeuteten die Worte: si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino (sc. creditori) liceat.

Die Stelle ſpricht nur von einem einzigen Geſchäft, wie

115) in Becker und Muther, Jahrbücher II. Nr. 4. (1858.).

dies ſchon die Worte „ut talis pactio fiat“ andeuten. Wir haben es hier mit einem ganz gewöhnlichen Pfandformular zu thun, wie es ſich häufig im Rechtsverkehr der Römer findet. Einfach, wie es iſt, iſt es auch einfach zu verſtehen. So heißt es z. B. in der cst. 4. C. de pign. act. 4, 24:

Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem.

Die Einräumung des Verkaufsrechtes kehrt hier wieder, wie in l. 12.

Die Worte: praedia pignori data gehen auf die Ueberlaſſung des Pfandbeſitzes; ausführlicher und im Formular mag es geheißen haben: „ut quamdiu pecunia soluta non sit,“ oder „donec pecunia solvatur, praediis creditor utatur“ — ganz entſprechend dem erſten Theile der pactio in unſerer Stelle.

Hinſichtlich der Verkaufsbefugniß iſt noch beachtenswerth Gaj. Comm. II. §. 64.: debitor olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

Hierzu bemerkt Theophilus: *Ἀλλὰ πάλαι μὲν οἱ χρεδίτωρες εἶχον τύπον τινά, καθ' ὃν ἐπετέραπτο αὐτοῖς πιπράσκειν τὰς ὑποθήκας κ. τ. λ.*

Die Worte „vendere creditori liceat“ bedeuten alſo durchgängig die Verkaufsbefugniß des Pfandgläubigers. Wenn Paulus in l. 12. näher auf den Fauſtpfandbeſitz eingeht, ſo iſt dies erklärlich, weil es ſich nicht um einen gewöhnlichen Sachbeſitz, ſondern einen Servitutenbeſitz handelt („ut servitutibus utatur“).

Die zweite Geſchäftsform, die Keller aufſtellt, würde außerdem etwas Widerſinniges enthalten, indem ſie dem Schuldner eine Befugniß, ſeine eigene Sache zu verkaufen, einräumt! („liceat vendere creditori,“ d. h. Schuldner kann eine ländliche Servitut dem Gläubiger (vicino) jetzt ſchon

verkaufen). Wozu bedarf es da noch eines besonderen Paktums? Keller selbst läßt es ja „natürlich gar keinem Bedenken unterliegen, daß Prädialservituten verkauft und gekauft werden können, l. pen. §. 1. D. de C. E., l. 3. §. 2., l. 6. §. 5. D. de A. E. V.“

Ferner wie können die Worte „si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere liceat“ als Suspensiv-Bedingung eines bereits abgeschlossenen Kaufes gelten? Vielmehr sind sie die Bedingung einer Verkaufsermächtigung.

Ganz anders ist die Bedingung in l. fin. D. de C. E., auf die sich Keller bezieht: „si id debitum solverit fidejussor creditori, jussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat. Hier ist ein wirklicher Kauf geschlossen; sollte in l. 12. ein Gleiches der Fall sein, so müßte es heißen „ut emptae eae servitutes creditori sint,“ nicht aber „ut vendere debitori liceat.“

Auch sieht sich Keller zu der Consequenz genöthigt, die städtischen Servituten für verpfändbar zu erklären, und demgemäß die l. 11. §. 2. zu corrigiren.

Unsere Stelle soll ferner ein Ausnahmerecht statuiren „propter contrahentium utilitatem.“ Jene beiden Geschäftsformen würden aber mit den sonstigen Rechtsprinzipien völlig übereinstimmen.

Schließlich hält es Keller für unpraktisch, ja fast unmöglich, einem dritten Käufer den Besitz der verpfändeten Servitut zu übertragen, indem wohl schwerlich z. B. ein und dasselbe Wegerecht zuerst für das Grundstück des Gläubigers, hernach für das des Käufers ohne Veränderung der bisherigen Richtung und Lage ausgeübt werden könne.

Man nehme aber nur den einfachen Fall, wo das dienende Grundstück zwischen zwei Chausseen liegt, der Weg diese beiden verbindet, und jenseits der einen die Grundstücke des Gläubigers und des Käufers liegen. Bei den vielen Vicinalwegen, die eine römische Feldmark durchkreuzten, mußte dies sogar ein sehr häufiges Verhältniß sein.

Die Möglichkeit einer Verpfändung der Rusticalservituten möchte sonach erwiesen sein.

Nur in einem losen Zusammenhange mit unserer Frage steht die nach dem Wesen dieser Verpfändung. Wir haben auf dieselbe jedoch zur Ergänzung des Obigen einzugehen.

Der letzte Erfolg alles Pfandrechts für den Verpfänder ist der Verlust, die Aufopferung der Sache für die Schuld, oder mit andern Worten: Was der Pfandgläubiger bei Ausübung seines Rechtes auf den dritten Käufer überträgt, bildet den eigentlichen Gegenstand und Inhalt der Verpfändung.

Der Käufer aber erhält das habere licere, d. h. die volle (zunächst) faktische Verfügung, die ganze Summe der in der Sache liegenden Vortheile.[116]

Das habere ergreift die Totalität.

Der Gegensatz dazu ist die einzelne Nutzung: das rein faktische Gehen, Fahren, Treiben u. s. w., der iter, actus, via, aquaeductus im natürlichen Sinne.

Ist nun die Gesammtheit Gegenstand der Verpfändung, warum soll es nicht die einzelne Nutzung sein? Ist das habere zulässig, warum nicht das ire, agere? Der Eigenthümer kann ebensogut einzelne Vortheile, als die Sache selbst zur Verpfändung stellen. Das bonitarische Recht, das Eigenthum des Schuldners ist in dem einen, wie dem andern Falle der Rechtsgrund der Verpfändung. Auch liegt es in der Natur der Sache, eine Verpfändung zuzulassen, wo ein selbständiger Sachvortheil vorhanden ist und ein Verkauf, eine Uebertragung auf dritte Personen, wie bei dem Inhalt der Rusticalservituten, Statt finden kann.[117]

Von einem wirklichen Rechte der Servitut ist also bei der hier aufgestellten Art und Weise der Verpfändung nirgends

116) l. 11. §. 2. D. de A. E. 19, 1. — „et in primis (i. e. principaliter) ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, tradere."

117) cfr. l. pen. §. 1. D. de C. E. 18, 1., l. 3. §. 2., l. 6. §. 5. D. de A. E. V. 19, 1., l. 20. D. de servit. 8, 1. Diese Stellen reden offenbar nur von servitutenartigen Vortheilen.

die Rede, ebenſowenig, als es ſich bei der gewöhnlichen Verpfändung um das Recht des Eigenthums dreht. Der dritte Käufer hat in beiden Fällen nur die actio ex empto, den obligatoriſchen Anſpruch aus dem Kaufe. Der Gegenſtand, der einzelne, ſervitutenartige Vortheil exiſtirt ſchon bei Eingehung der Verpfändung, er wird unverändert vom Gläubiger als Fauſtpfand ausgeübt, und geht ſchließlich unverändert auf den dritten Käufer über. Objekt der Servitutenverpfändung iſt alſo durchweg: die servitus materialis, nicht die servitus formalis.

Nach Vorſtehendem iſt die Servitutenverpfändung ſo wenig ein neuer und beſonderer Gedanke, daß ſie vielmehr lediglich als eine Nachbildung der gewöhnlichen Sachverpfändung erſcheint, und darin möchte ein nicht unerheblicher Grund liegen, daß die obige Auffaſſung die quellenmäßige ſei. Das Wort servitus aber, und im Einzelnen die Bezeichnungen: iter, actus, via, aquaeductus werden, wie bereits oben S. 56—57. dargethan, in den Quellen öfters ohne alle Rückſicht auf eine wirklich beſtellte Servitut für blos ſervitutenartige Vortheile gebraucht.

Wir hatten bisher nur die Ruſticalſervituten im Auge. Obiges gilt aber auch für die Verpfändung des Nießbrauchs, wo ebenfalls nicht das Recht ſelbſt, ſondern nur der materielle Gehalt, der bloße Fruchtertrag in Frage kommt. Dies erhellt deutlich aus l. 11. §. 2. D. de pignoribus et hypothecis, 20, 1. Hier wird das Wort Uſusfruktus, wie ſo oft, im natürlichen Sinne genommen. Der Uſus endlich iſt unverpfändbar, eben weil er durch die Verpfändbarkeit zum Uſusfruktus werden würde.

Zum Schutz des Servitutenpfandrechts dient die Serviana mit der durch das veränderte Objekt gebotenen Modifikation. Hierfür ſpricht die Verbindung unſerer l. 12. mit der d. l. 11., welche aus Marcian's liber singularis ad formulam hypothecariam ſtammt. Es war nicht die Sache ſelbſt, ſondern blos das iter, die via verpfändet, dieſe konnten

daher auch nur in der Intentio erwähnt werden. Ebenso war die Condemnatio auf das ire, agere pati, nicht mehr auf die Restitution der Sache zu richten. Das Fundament des Pfandrechts hingegen war nach wie vor das bonitarische Recht des Schuldners. Die Pfandformel mag daher so gelautet haben:

Si paret, iter agri Semproniani q. d. a. ob pecuniam promissam A°. A°. pignori datum eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per Am. Am. stare, quominus solvatur satisve fiat, eumque agrum eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse, nisi arbitrio judicis Ns. Ns. aut Am. Am. ire patiatur, aut ei pecuniam solvat, quanti ea res est, Nm. Nm. A°. A°. condemna. Si non paret, absolve.

Eines praedium vicinum bedarf es zum Pfandrecht nicht; der Gläubiger wird nur öfter thatsächlich nicht die verpfändete Nutzung selbst ausüben können, wenn er kein benachbartes Grundstück hat. Vgl. Elvers a. a. O. S. 341.

Bei der eigentlichen Pfandklage war die Condemnatio ebenso, wie bei der Vindikation, auf die ganze Sache gerichtet, denn es handelte sich hier um die Gesammtheit aller ihrer Vortheile. Bei der Servitutenverpfändung hingegen, als dem partiellen Pfandrechte, muß ganz analog und nothwendig die Condemnatio auf die einzelne Nutzung gehen, wie dies bei der partiellen Vindikation, der Negatoria, Statt findet.[118]

Man ließ die Servitutenverpfändung zu, weil sich ein praktisches Bedürfniß geltend gemacht hatte, obwohl derartige Pfandgeschäfte immer nur im Kreise von Nachbarn ge-

118) In der angegebenen Art hat schon Elvers a. a. O. S. 338 bis 339. die Serviana auf die Servitutenverpfändung angewendet. Freilich mit seiner Ansicht, daß eine wirkliche Servitut verpfändet werde, ist jenes unvereinbar. Es ist in der That widersinnig, daß Jemand mit der Negatoria die Ausübung einer wahren Servitut beanspruchen soll. Unsere Ansicht dagegen führt nothwendig dahin.

ſchloſſen werden konnten, da ſelbſt blos materielle Servitutenvortheile nicht beliebig an irgendwelche dritte Perſonen übertragbar ſind, und nicht unbedingt, wie die Sache ſelbſt, den Charakter des Abſoluten haben. Die einzelne Nutzung an fremden Sachen hat immer etwas Relatives, exiſtirt nur für eine beſchränkte Anzahl von Grundſtücken.

Auf dieſen Umſtand ſcheint die in der Schlußbemerkung der l. 12. cit. („quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est") angedeutete Anomalie zu gehen. Keineswegs aber konnte man mit der Geſtattung der Servitutverpfändung einen Bruch allgemein feſtſtehender Prinzipien des Servitutenrechtes beabſichtigen.

Die Anſichten endlich, die man ſonſt über das Servitutenpfandrecht aufgeſtellt hat, ſtoßen auf mehr oder weniger Schwierigkeiten.[119]

Sehr verbreitet iſt die Meinung,[120] daß der Pfandgläubiger im Falle der Nichtbefriedigung dem Käufer eine wirkliche Prädialſervitut kraft der in ſeinem Rechte enthaltenen Vollmacht beſtellt, und daß ſomit das Pfandobjekt erſt hier im Moment der Veräußerung entſtände.

Allein man würde hier ein Pfandrecht haben ohne Gegenſtand. Es würde dem Gläubiger eine Sache verpfändet, die noch gar nicht exiſtirt, deren Umfang völlig im Unklaren gelaſſen iſt und erſt nachträglich beſtimmter fixirt wird. Es wäre ferner ein Pfandrecht, das erliſcht in demſelben Augenblicke, wo es ſeinen Inhalt empfängt, d. h. im Moment der Veräußerung an den Dritten.

So lange alſo das Pfandrecht exiſtirt, fehlt der Inhalt, und ſowie der Inhalt entſteht, fehlt das Pfandrecht.

Ganz anders verhält es ſich bei der Verpfändung von res futurae; hier iſt nur der Anfang des Pfandrechtes bis

119) Vgl. im Allgemeinen v. Keller a. a. O.

120) S. z. B. Büchel, Civilrechtl. Erörter. I. S. 365. Sintenis, Pfandr. S. 121.

zur Existenz der Sache hinausgerückt, es hat aber alsdann ein wirkliches Dasein, wie bei allen andern Sachen, während es bei jener Servitutenverpfändung sich niemals mit seinem Inhalt trifft.

Daran ändert sich Nichts, wenn man auch den Inhalt der künftigen Servitut zuerst noch ohne bestimmte Fixirung faktisch aussondert, und als quasi-possessio dem Gläubiger vorläufig zuschreibt. Das Pfandobjekt existirt hier ebensowenig, wie dort. Zudem richtet sich der Umfang der Realservituten nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks. So verschieden, wie die Grundstücke des Gläubigers und des Pfandkäufers, wäre die künftige Servitut und der inzwischen ausgeübte Besitz.

Diese Schwierigkeit wird auch nicht vermieden, wenn man annimmt,[121] daß dem Gläubiger selbst im Moment der Verpfändung eine förmliche Servitut bestellt würde, welche er — mit Hinwegsetzung über die Unveräußerlichkeit der Servituten — dann später an einen Dritten zu verkaufen befugt wäre. Die Verschiedenheit der beiderseitigen Grundstücke würde hier wieder die Continuität und Identität des dem Gläubiger zustehenden und des auf den Käufer übergehenden Rechtes vereiteln. Abgesehen davon, wäre es willkürlich, die Unveräußerlichkeit der Servituten cessiren zu lassen.

Man hat schließlich noch folgenden Ausweg gesucht. Man giebt zu: Was nicht existirt, kann nicht verpfändet werden, und was verschieden ist, ist nicht identisch. Die Servitut entstehe erst bei der Veräußerung an den Pfandkäufer. Da sie aber nicht bei der Verpfändung existire, so müsse sie als bei dieser existirend fingirt werden.[122] Allein ergiebt sich hieraus ein Pfandrecht? Vielmehr wird der Servi-

121) s. z. B. Glück XIX. S. 209. Hepp, Arch. f. civil. Prax. XIII. S. 349. Gesterding, Pfandr. 2. Aufl. S. 67 ff.

122) s. Elvers a. a. O. 327—328. 337.

tutbeſitz des Pfandkäufers auf den Moment der Verpfändung zurückdatirt. Die Ausübung, das Ende des Pfandrechts fiele ſo mit ſeiner Entſtehung zuſammen, es käme ſelbſt nicht zur Erſcheinung, es wäre total hinwegfingirt!

Nach einer anderen Anſicht ſoll nicht die Servitut, ſondern nur die quasi-possessio verpfändet ſein.[123] Bedeutet dieſe possessio einen ſervitutenartigen Vortheil, ſo ſtimmt dieſe Auffaſſung mit der unſrigen. Soll aber die Ausübung einer irgendwie wirklich beſtellten Servitut damit bezeichnet werden, ſo ſtehen dieſelben Bedenken entgegen, als bei der Verpfändung des Rechtes ſelbſt.

Eigenthümlich endlich hält Lang[124] die Servitutenverpfändung für Nichts als die Verpfändung der Sache ſelbſt; das ganze Grundſtück werde in den Pfandnexus gezogen, jedoch dürfe der Gläubiger nur eine Servitut davon ausſcheiden und veräußern, keineswegs aber das Grundſtück ſelbſt angreifen.

Aber hier würde etwas Anderes erreicht, als man beabſichtigt. Man will die Servitut verpfänden, und verpfändet die Sache. Es entſteht hier direkt Nichts mehr und Nichts weniger als eine gewöhnliche Sachverpfändung, und wir kämen mit der Servitutenverpfändung um keinen Schritt weiter. Der Pfandnexus hätte einen größeren Umfang, als das Veräußerungsrecht, oder, was daſſelbe iſt, das Pfandrecht wäre größer, als es ſelbſt!

IV. Die übrigen Unterſchiede, die man ſonſt bei der Theorie der Realſervituten macht, ſind theils nicht begrün-

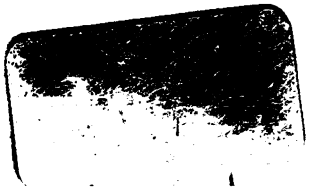
---

123) Cujacius, Observat. XV, 6. Schmid, Gießner Zeitſchr. f. Civilr. und Proceß. N.F. Bd. 5. S. 349. (1848)

124) Im Arch. f. civ. Prax. XIX. (1840) S. 337—341. S. 345 bis 346. Dazu die treffende Widerlegung durch Elvers a. a. O. S. 335 bis 336., der ſich auch S. 332—334. mit Recht gegen Schmid erklärt, welcher bei der Servitutenverpfändung an das reine Beſitzpfand, das altröm. pignus, denkt.

det,[125] theils hängen sie offenbar nicht mit dem Inhalte der Servituten zusammen.

Daß z. B. die servitutes rusticae im älteren Rechte mancipi, die urbanae nec mancipi waren, ist wohl weniger aus der materiellen Natur der Servituten, als vielmehr aus positiven Gründen zu erklären. Die Rücksicht auf das berechtigte Subjekt möchte hier das Entscheidende sein.

125) s. Zachariä a. a. O. S. 4—9.

Officin der Verlagshandlung.